



وجيد الدين سوار

دكتور في الحقوق من جامعة القاهرة
حامل الشهادة العالية من كلية الشريعة
في الجامع الأزهر
أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق
بجامعة دمشق

التعبير عن الإرادة

في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

الطبعة الثانية

الشركة الوطنية للنشر والتوزيع
الجزائر
1979

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الاهتمام

الى ذكرى والدي . . .

الى المعنيين بالفقه الاسلامي ، العاملين على احياؤه ، الجادين في
اتمام خطواته ، المتشوقين الى قانون عربي أفضل مستمد من غنى
مصادره .

« ان الله ارسل رسله وانزل كتبه ليقوم
الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به
السموات والارض .

فاذا ظهرت امارات الحق ، وقامت ادلته باى
طريق كان ، فذاك من شرع الله ودينه ، ورضاه
وامره »

ابن القيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

(١) أهمية الموضوع من وجهة التقنين المدني السوري . (٢) أهمية الموضوع من وجهة التسريع المقارن . (٣) طريقة البحث . (٤) خطة البحث .

١ — تقاسم النظم القانونية في العصر الحديث نزعان : نزع ذاتية تغلب في الالتزام عنصره الشخصي ، وتحفل في التصرف بإرادة العاقد الباطنة ، وتعتمد معايير ذاتية تعول فيها على النية الخفية . ونزع موضوعية تجري شرائعها على العكس من ذلك فتغلب في الالتزام عنصره المادي ، وتحفل في التصرف بإرادة العاقد الظاهرة ، وتعتمد معايير موضوعية تعول فيها على العرف والمألوف في التعامل .

وهنا في أبحاثنا القادمة منصرف إلى تحديد موقف الفقه الإسلامي من هاتين النزعتين في مجال التعبير عن الإرادة ، أهو يتشيع لنظرية الإرادة الظاهرة كما يستفاد من المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري (أصل القانون المدني السوري) إبان تسوينها لانحياز المشروع للإرادة الظاهرة^(١) أم أنه على العكس من ذلك ينحاز إلى الإرادة الباطنة كما جرى على لسان بعض الباحثين^(٢) ؟

ويتضح ما ينبغي على هذه الإجابة من أهمية ، إذا عرفنا أن المسألة التي تتناول دراستها هذه الرسالة هي من أمهات المسائل التي احتدم الخلاف حولها في مجال القانون المدني وتجاوز الصراع حولها مجال النظر الفقهي إلى مجال التطبيق في ميدان النظم القانونية .

٢ — وغير خاف أيضاً ما ينبغي على هذه الإجابة من أهمية في مجال التشريع المقارن ذلك أن الفقه الإسلامي قد غدا موضع اهتمام رجال القانون في الغرب منذ أن

(١) راجع التقنين المدني المصري للاستاذ جمال الدين العطيفي ، ج ١ ، ص ٩ .

(٢) راجع ماسياتي ، ف ٤٨٥ ص ٤٦٢ .

(ب)

أعلن الأستاذ لامبير Lambert الفقيه الفرنسى المعروف ، فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن الذى انعقد فى مدينة لاهاى عام ١٩٣٢ ، تقديره الكبير للفقه الإسلامى^(١) ثم جاءت قرارات مؤتمر لاهاى للقانون المقارن المنعقد عام ١٩٣٧ معترفة بحيوية الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطور ، واستقلالها عن غيرها من التشريعات ، وصلوحها لأن تكون مصدراً من مصادر التشريع عامة^(٢) . وكذلك قرارات مؤتمر المحامين الدولى المنعقد فى لاهاى عام ١٩٤٨ فقد جاءت معترفة بدورها بما فى التشريع الإسلامى من مرونة وأهمية موسمية اتحاد المحامين الدولى بأن يقوم بتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع والتشجيع عليها . ويتجلى أخيراً هذا الاهتمام بالمؤتمرات التى تقيمها شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولى للحقوق المقارنة تحت اسم «أسبوع الفقه الإسلامى» ولقد عقد آخرها فى ٢٣/٧/١٩٥٢ فى كلية الحقوق بجامعة باريس برئاسة الأستاذ ميو Millot أستاذ الفقه الإسلامى فى تلك الكلية ، إذ أصدر المؤتمر فى قراره يعترف بما لمبادئ الفقه الإسلامى من قيمة تشريعية لا يمارى فيها ، وبما ينفطى عليه اختلاف المذاهب الفقهية فى هذا النظام القانونى العظيم من ثروة فى المفاهيم الحقوقية ، وصناعة هى مناط الإعجاب ، يتيحان لهذا التشريع الاستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجاتها^(٣) .

(١) راجع مقالة لأستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهورى عن صلاح الشريعة الإسلامية للخلود فى ميدان التطبيق المدنى منشور فى مجلة القضاء العراقية ومنقول فى مجلة نقابة المحامين بدمشق ، السنة الأولى ، عدد ٦ ، ٧ .

(٢) راجع تاريخ التشريع الإسلامى للأستاذ السائس والسبكي والبربرى ، ص ٣٥٣ — ٣٥٤ .

(٣) نشير هنا أن كلية الشريعة فى جامعة دمشق قد أخذت على عاتقها إصدار «موسوعة الفقه الإسلامى» وهو المشروع الذى سبق أن نادى إلى ضرورة تحقيقه عدد من الباحثين فى الفقه الإسلامى وبوجه خاص شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولى للحقوق المقارنة فى مؤتمرها الذى أشرنا إليه فى المن

ولقد أشارت المادة الأولى من المرسوم الجمهورى رقم ١٧١١ الصادر بتاريخ ٣ مايس (مايو) ١٩٥٦ إلى أن غاية هذه الموسوعة هى : «صياغة مباحث الفقه الإسلامى بمختلف مذاهبه ، وإفراغها من مصنف جامع مرتب على غرار الموسوعات القانونية الحديثة بحيث :

(أ) يعرض مواد الفقه الإسلامى عرضاً علمياً حديثاً .

(ب) ويسهل الرجوع إلى نصوصه فى كل موضوع للإفادة منها إلى أبعد حد .

(ج) ويرشد الباحثين إلى مصادر هذا الفقه ومواطن كل بحث فيه . »

٣ — طريقة البحث : عمدنا في هذه الرسالة إلى انتهاج طريقة موضوعية تاريخية مقارنة .

فهي موضوعية لأنها تعتمد النصوص أولاً وعلى هذا لسنا نبدأ بنظرية كي نوجه تفسير النصوص على هداها^(١) بل نقطة البداية لدينا هي النصوص نفسها ترتفع منها

وحددت نشرة صادرة عن لجنة موسوعة الفقه الإسلامي الغاية القومية التي ترمى إليها الموسوعة بقولها : « إن موسوعة الفقه الإسلامي ستقرب هذا الفقه العظيم من الشارعين والمشرعين في البلاد العربية والإسلامية ، وتساعد على إقامة الحياة فيها على أسس ذاتية نابعة من تراثنا وتقاليدنا وأعرافنا ، وبذلك يستطيع الفقه الإسلامي أن يؤدي خدمته الجلى للوحدة العربية ، ويسهل اتخاذ عندئذ أساساً لتوحيد التشريع في الوطن العربي الكبير (راجع : موسوعة الفقه الإسلامي ، فكرتها — منهاجها ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٥٩ ، ص ٣) . »

هذا ولقد ترى إلينا عند إعداد هذه الرسالة للطبع أن وزارة الأوقاف في الإقليم الجنوبي قد أعدت مشروع قانون يقضى بإنشاء مؤسسة تدعى « دائرة المعارف الإسلامية » ترمى إلى وضع مدونة جامعة للمعارف الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة تكون في نفس الوقت فاتحة لإشباع المعارف الإسلامية على الحضارة الحديثة وإسهاماً مضاعفاً في ركب التطور العالمى للحضارة (راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون الخاص بإنشاء مؤسسة عامة لدائرة المعارف الإسلامية ١٩٦٠ ، ص ١) . »

وقضت المواد ١٧ و ١٩ و ٢١ من المشروع أنف الذكر أن تتبنى المؤسسة المقترح لإنشاؤها مشروع « موسوعة الفقه الإسلامي » الذي كانت لجنة الموسوعة في دمشق قد بدأت به منذ أربع سنوات على أن تظل دمشق مقراً لهذه اللجنة وأن ينشأ لها مكتب في القاهرة . وقضت المادة ٢٢ من المشروع المشار إليه باعتماد مبلغ ربع مليون جنيه ، كميزانية لموسوعة الفقه الإسلامي موزعة على خمس سنوات وهو الوقت المحدد لانجاز هذه الموسوعة .

انظر في تأييد هذا المشروع مقالة للدكتور طه حسين منشورة في جريدة الجمهورية في مدينة القاهرة في عددها الصادر في ١٥ مائس (مايو) ١٩٦٠ رقم ٢٣٣٨ تحت عنوان « موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامى » حيث وصف عميد الأدب العربى هذا المشروع بقوله : « هذا عمل جليل سيكون له ما بعده لا في حياة العالم الإسلامى وحده بل في الحياة الانسانية كلها إذا أتبع له من النجاح والعناية ما هو أهل له » وقال أيضاً : « وسيكون هذا المعجم أول إحياء للون من ألوان التراث القديم بأدق معانى هذه الكلمة وأوسعها ... فيعيش الفقه الإسلامى بين المسلمين كما يعيش المسلمون أنفسهم ، ويؤثر في حياتهم على اختلاف الأجيال والعصور كما أثر في حياة المسلمين القدماء على اختلاف الأجيال والعصور أيضاً » .

والله نرجو أن يوفق القائمين على هذا المشروع إلى أداء رسالتهم السامية في سبيل عالم عربى أفضل ، يصل ماضيه المجيد بحاضره المتوثب ، ولما فيه خير هذه الأمة المتشوقة إلى مستقبلها كى تعود كما كانت « خير أمة أخرجت للناس » .

وعن طريقها هي بالذات لنستخلص النظام الفقهي الإسلامى الذى ندرسه . وعلى هذا لن يكون ههنا التقريب السريع بين النظم بل سندرس النظام الفقهي الإسلامى طبقاً لروحه الخاصة محتفظين له بنقطة بدايته^(١) وعلى هذه الخطوة السديدة سار قبلنا أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى^(٢) .

وهى طريقة تاريخية لم تقف فيها عند الكتب المتداولة المتأخرين فحسب بل مددنا بصرنا إلى أمهات الكتب الفقهية فى الماضى البعيد لنستقى النصوص مطمئنين من ينبوعها الصافى الأسيل وقبل أن تتمرص لما قد يشوب النقل أحياناً من تبديل أو تغيير . وسنلمس ثمار هذه الطريقة بوجه خاص عند تحقيقنا لشرط السماع فى الإيجاب والقبول .

وهى طريقة مقارنة ليست تقتصر على الفقه الإسلامى بل تتناول التقنين الوضعى ، وهى ليست تنحصر فى مذهب واحد بل تتناول كل المذاهب ، ذلك لأن الاختصار على مذهب واحد لا يعطى ، فيما نرى ، صورة كاملة عن حقيقة الفقه الإسلامى فلا بد لجلاء هذه الحقيقة من دراسة جميع المذاهب لكي نتعرف إلى ذلك الفئء التشريعى الظليل الذى استظل به الوطن الإسلامى قلبى حاجاته على أحسن شكل وأتم صورة . هذا وسنعمد إلى التمويل على المذهب الأقرب إلى روح المصدرين الرئيسيين الكتاب والسنة

(١) يقول مالبرانش : « إن هناك نوعين من التفكير الأول يلحظ فى يسر أوجه الخلاف بين الأشياء ... أما الآخر فيتخيل ويفترض التشابه بينها النوع الأول هو وحده الذى يستطيع استخلاص الأفكار الدقيقة الواضحة للأمر التى يواجهها ولهذا فإنه يراها عن قرب ، دون أن يفوته منها شئ ... أما الثانى فإنه يتعرض لأن تكون نظراته سطحية لا تتقبل إلا آثاراً باهتة مختلطة يصر الأمور عرضاً ، ومن بعد ، وتبدو له متشابهة متقاربة غير واضحة (نقلا عن قلادة ، ص ١٥) . »

(٢) جاء فى مصادر الحق (ج ١ ، ص ٢ — ٣) : « لن يكون ههنا فى هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى من فروق فى الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك سنمعى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامى بطابعه الخاص ، ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى على أسس موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم ، له صنعة يستقل بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته . وتقضى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن فى هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامى من الفقه الغربى ، ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامى قريباً من الفقه الغربى ، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامى قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع ، وهو جانب للفقه الإسلامى منه حظ عظيم . »

إذ في القرب من هذين المصدرين خلاص مما ينتاب الصناعة الفقهية أحياناً من مجافة لبداً العدالة وإغراق في التعويل على استقرار التعامل .

هذا ولن نعمد إلى إهمال علم أصول الفقه كما جنح إليه بعض الباحثين قبلنا^(١) فهو في نظرنا لا يخلو من فائدة في دراسة النصوص ولقد لمسنا هذه الفائدة فعلاً في أكثر من موضع في أبحاث هذه الرسالة^(٢) .

وليس يفوتنا أن نشير إلى ما أدخلناه على بعض المصطلحات القانونية من تجديد^(٣) وعذرنا في هذا التجديد أن هذه المصطلحات لما يستقر بها العرف ، وما ينبغي لها أن تدرك الاستقرار قبل أن تخضع للنقد والتحصيل .

٤ — خطة البحث : سنجرى في دراستنا القادمة وفق الترتيب الآتي :

الباب التمهيدى : النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامى .

القسم الأول : دور التعبير عن الإرادة في تكوين التصرف القانونى .

تمهيد : التصرف القانونى والواقعة القانونية . الباب الأول : التعبير المُلقى والتعبير المُتلقى . الفصل الأول : إظهار الإرادة . الفصل الثانى : إعلام الإرادة . الباب الثانى : طرق التعبير عن الإرادة . الفصل الأول : التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ . الفصل الثانى : التعبير عن الإرادة باللفظ . الباب الثالث : نظرية الإرادة الظاهرة . الفصل الأول : تأصيل نظرية الإرادة الظاهرة . الفصل الثانى : الصرائح والكنايات . الفصل الثالث : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة . الباب الرابع : نظرية السبب . الفصل الأول : نظرية السبب في الفقه الغربى . الفصل الثانى : نظرية السبب في الفقه الإسلامى .

القسم الثانى : دور التعبير عن الإرادة في تحديد آثار التصرف القانونى .

تمهيد : الفصل الأول : التفسير . الفصل الثانى : شرعية آثار التصرف القانونى . الفصل الثالث : القوة الملزمة للمعقد . الملحق . الخاتمة .

(١) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة ، ف ١٣ ،

(٢) راجع ماسياتى ص ٥١ وما ب وف ٢٩٣ وما ب ، ص ٢٩٣ وما ب .

(٣) راجع هامش الصفحات الآتية : ٧٢ ، ٧٥ ، ٣٧٤ .

وختاماً نرى لزاماً علينا أن نتقدم بوفير الشكر إلى كل من أسدى إلينا عوناً في
 تحضير هذه الرسالة . راجين من الله العلي القدير أن يحمل عملنا خالصاً لوجهه . وأن
 يسدد خطانا ، ويلهمنا الصواب ، وأن يمدنا من قوته لكي نتابع الطريق الذي بدأناه
 في خدمة شريعته ، إنه سميع مجيب .

دمشق — المزرعة

وهيد الدين رضا سوار

الجمعة في { ١٧ نيسان (أبريل) ١٩٥٩ م
 ٩ شوال ١٣٧٨ هـ

الباب التمهيدي

الفصل الأول

النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي

١ - إذا شئنا أن نحدد نزعة للشريعة الإسلامية ، فهذه النزعة لا شك موضوعية .^(١) ويتضح أثر هذه النزعة بوجه خاص في مجال التعبير عن الإرادة .
ويحسن بنا أن نستهل بحثنا عن التعبير عن الإرادة بالمماة سريعة بالمواطن التي تتجلى فيها هذه النزعة في الفقه الإسلامي فتتكلّم عن النزعة الموضوعية في طبيعة الالتزام أولاً ثم في التصرف القانوني وأخيراً في الواقعة القانونية .

(١) نرى أن الترجمة الأدق لتعبيرى La théorie objective et la théorie subjective الإفرائسيين هي النظرية الموضوعية والنظرية الذاتية ، وقد درج الفقهاء على ترجمة الأولى بالمذهب المادى والثانية بالمذهب الشخصى . راجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى ج ١ ، ص ٨١ و ف ٨ - ٩ ، ص ١٠٧ - ١٠٨ . نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، ف ١٨ ، ص ١٥ . مصادر الالتزام للدكتور سليمان مرقص ، ف ١٢ - ١٣ ، ص ١٢ - ١٣ . النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحمى حجازى ، ف ٧ مكرر ، ص ١٠ . مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ، ف ١٠ - ١١ ، ص ١٠ - ١١ .
ونحن نؤثر التسمية الأولى لسببين : أولاً : لأن كلمة مادى إلى جانب عدم دقة ترجمتها ، يقابلها لفظ «معنوى» أو روحى . ثانياً : لأن التسمية المفضلة هي المعروفة في لغة الأدب والفلسفة في التعبير عن هاتين النظريتين . راجع الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ف ٣٩٤ ، حاشية رقم ١ ، ص ٢٧٤ .

وقد استعمل الدكتور السنهورى في الوسيط التسميتين ، راجع الوسيط ، ج ١ ، ص ٧٤ و ٩٣ و ١٧٩ .

المبحث الأول

النزعة الموضوعية في طبيعة الإلتزام

الفرع الأول

طبيعة الإلتزام في الفقه الغربي

٢ - يتنازع نظرية الإلتزام في الفقه الغربي مذهبان : المذهب الشخصي ، والمذهب المادى . يرى المذهب الشخصى أن الإلتزام هو رابطة بين شخصين ، وهى رابطة تبعية وسيادة يخضع ، بوجوبها المدين للدائن ، وهذا الخضوع كان تاماً عند الرومان ، حيث كان للدائن سلطان على حياة المدين وحرية ، فهو إن شاء استرقه وإن شاء أماته .

ثم أخذ هذا السلطان يتناقض مع التطور ، حتى تلاشى على يد أصحاب المذهب المادى الألمان الذين أخذوا ينظرون إلى الإلتزام ، لا على أنه رابطة بين شخصين ، بل على أنه علاقة بين ذمتين : ذمة مدينة ، وذمة دائنة . أما صاحبها هاتين الذمتين فهما متكافئان ، لا سلطان لأحدهما على الآخر ؛ وتبرز قيمة محل الإلتزام لدى هذا المذهب ، حيث ينفصل محل الإلتزام عن طرفيه ، ويتداول في السوق كقيمة مالية ، بينما تبرز قيمة أطراف الإلتزام لدى المذهب الأول . ويلاحظ أن تطور التعامل الاقتصادى وما اقتضاه من سرعة تداول المال ، أدى إلى انحياز الأنظار الفقهية الحديثة إلى المذهب الثانى .

ويحلل أصحاب المذهب المادى الإلتزام إلى عنصرين هما الديونية والمسئولية . أما الديونية فهى انشغال الذمة بالإلتزام ، وهذا العنصر هو مجرد وصف يفيد تعلق الإلتزام بالذمة فهو حالة ساكنة لا تقتضى إجباراً ولا إكراهاً .

أما المسئولية فهى إمكان الإستيفاء الجبرى ، وهذا العنصر يمثل الإلتزام فى حالة الحركة ، وهو يرتبط بضمون الذمة المالى ، ولا شأن له بشخص المدين .

وعن طريق تحليل الإلتزام إلى هذين العنصرين ، أمكن توزيعهما على شخص المدين ودمته ، فعنصر المديونية يرتبط بالشخص فهو مدين غير مسئول ، وعنصر المسؤولية يرتبط بالذمة وحدها ؛ فن مضمون هذه الذمة ينهل الدائنون ، ولا شأن بشخص صاحبها .

٣ — ولقد كان لقيام هذا المذهب المادى نتائج عملية هامة :

(١) إمكان انتقال الإلتزام من ناحيته الإيجابية (حوالة الحق) والسلبية (حوالة الدين) ولقد أمكن ذلك بفضل فصل المذهب المادى بين أطراف الإلتزام ومحله . أما المذهب الشخصى الذى يرى اتصال المحل بالأطراف فننطقه لا يستسيغ هذا الانتقال .

(٢) إمكان تصور قيام التزام فى ذمة المدين قبل أن يتعين الدائن اكتماء بإمكان تعيينه عند التنفيذ . إن وجود الملتزم وحده كاف فى نظر هذا المذهب عند نشوء الإلتزام . فهو الذى سيتحمل عبء الإلتزام ، أما الدائن فيكفى وجوده عند التنفيذ ، فى هذا الوقت وحده تظهر الحاجة إليه ، ما دامت مهمته تنحصر فى استيفاء الحق الذى نشأ من مصدره . ولا يقبل أنصار المذهب الشخصى فكرة قيام الإلتزام على طرف واحد وهو المدين ، لأن الإلتزام عندهم رابطة بين شخصين : الدائن والمدين ، ووجود كليهما ضرورى عند نشوء الإلتزام وتنفيذه .

٤ — ولقد ساعد استغناء المذهب المادى عن وجود الدائن عند نشوء الإلتزام على تفسير أوضاع حقوقية عملية ، لا تجد تفسيراً لها فى ظل المذهب الشخصى .

(١) فهو أولاً يفسر التزام المدين بإرادته المنفردة ، كما هو الحال فى شخص يعد بجائزة لمن يأتى له بشىء مفقود . فالإلتزام ينشأ هنا فى ذمة الواعد قبل أن يتحقق العثور على الشىء المفقود ، وقبل أن يوجد الدائن العاثر ، ما دام هذا الأخير سيموجد عند التنفيذ .

(٢) وهو ثانياً يفسر جواز الإشتراط لمصلحة شخص غير معين أو غير موجود وقت الإشتراط ، كما فى تأمين الأب على حياته لمصلحة أولاده الذين يرزقون له فى المستقبل . (٣) وهو يفسر أيضاً الإلتزام الذى ينشأ بسند لحامله ، فإنه ينشأ بإرادة المدين ولمصلحة دائن غير معين وقت إنشاء الإلتزام .

الفرع الثاني

طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي

٥ — تصطبغ فكرة الالتزام في الفقه الإسلامي بصبغة مادية بحتة ، فهي علاقة مالية محضة بمال الدين ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحبس طوال مدة حياته أحداً في دين قط ، وقال لفرماء الفليس « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » ^(١) وقد روى أن غرماء معاذ بن جبل طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم حين لم توف أمواله بديونهم ، أن يبيع معاذاً لهم وفاء لدينه ، فقال عليه الصلاة والسلام : « ليس لكم إليه من سبيل » ^(٢) .

وإلى جانب السنة النبوية نجد القرآن الكريم يصرح بإنظار المدين المعسر إلى قدرته ، فقد جاء في محكم الكتاب « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » على أن الشريعة السمحاء إن تساحت مع المدين المعسر فقد حمت الدائن من تعنت المدين الميسور الواجد ، فقد جاء في الحديث « لئى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » . وجاء

(١) شرح الموجبات والعقود ، زهدى يكن ، ج ١ ، ص ٣٥٥ .

(٢) إن هذه القصة قد تشف عن طبيعة الالتزام لدى العرب قبل الإسلام ، وأن هذا الالتزام كان علاقة شخصية لا مادية يؤكد ذلك المعانى اللغوية لكلمة « دين » لدى العرب ، فقد جاء في مذكرات أستاذنا الشيخ على الحنيف لدبلوم الشريعة الإسلامية عام ١٩٥٢ — ١٩٥٣ ، ص ١ : « أصل مادة « دان » ينبىء عن معنى القهر والغلبة ، والإذلال ، والخضوع ويدل على ذلك ما يأتى :

١ — إن من معانى كلمة « الدين » الطاعة ، والذل ، والحساب ، والقهر ، والغلبة ، والاستيلاء ، والسلطان ، والملك ، والخضوع .

٢ — إن كلمة « الدين » تطلق على القهار ، والقاضى ، والحاكم ، والسائس ، والحجازى ، وفى كل هذا أيضاً معنى الخضوع والغلبة .

٣ — إطلاق كلمة « الدين » على العبد ، وكلمة « المدينة » على الأمة ، وعلى المصر ؛ ولذا قيل : دنته بمعنى ملكته .

٤ — يقال « دان القوم » إذا ساسهم ، وقهرهم ، فدانوا له ؛ ويقال أيضاً « دانوه » إذا خضموه وانقادوا ، ولذا قيل « دين الملك » و « ملك مدين » بمعنى أطيع ، وملك مطاع .

وعلى هذا الأساس استعملت كلمة « الدين » فيما على الإنسان لغيره من مال ثابت فى ذمته بناء على ما كانت تستوجبه هذه الصلة من خضوع المدين لدائنه ، وبسط الدائن سلطانه عليه ، حتى إنه ليرى أن له حق تملكه بالدين .. » .

أَيْضاً « مُطْلُ الغَنَى ظَلَمَ » وظلم المدين الغنى يستدعى إجباره وإكراهه على الوفاء ولو اقتضى ذلك حجز حرته . إنما يتم هذا الحجز لامباشرة عن طريق الدائن كما كان الأمر يجرى لدى الرومان ، بل عن طريق الحاكم بناء على طلب الدائن ، وبهذه السلطة التي أعطاهما الشارع للقاضي ، وضعت الأمور في نصابها فلم تسمح الشريعة للمدين أن يتعنّت ، ولم تسمح للدائن أن يبالغ في طغيانه على مدينه ، بحيث يكون له سلطان مباشر على حرته وحياته ؛ وهذا التدبير الذي اقتضته الضرورة لا يجرّد الالتزام في الشريعة الإسلامية من طابعه المادي ، وإنما هو مجرد ضمان في يد الدائن ضد المدين الميسور الماطل^(١) .

وسنستعرض فيما يلي المواطن التي تبرز فيها الصبغة المادية للالتزام في الفقه الإسلامي .

٦ - (١) انتقال الالتزام من تاهبته الديبجائية (هوالة الحق) والعلبية (هوالة الدين) : وإمكان هذا الانتقال هو نتيجة للفصل ما بين أشخاص الالتزام وعمله ، وهو أثر من آثار النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي . أما المذهب الشخصي الذي يأخذ بالنزعة الذاتية ، فإن منطقته يقتضي عدم إمكان تغيير طرفي الرابطة ، وهذا ما قضى به القانون الروماني .

٧ - على أن إقرار الفقه الإسلامي لحوالة الحق وحوالة الدين ، ليست من الأمور المتفق عليها بين الباحثين في الفقه الإسلامي .

فمنهم من يؤيد هذا الإقرار ، ومن هذا الفريق الدكتور شفيق شحاته ، والأستاذ مصطفى الزرقاء ، ومنهم من يؤيد ذلك بتحفظ ومن هذا الفريق الدكتور عبد الرزاق السنهوري .

(١) راجع Louis Milliot , Introduction à l'étude du Droit Musulman, 1953 , p. 207 .

يقرر المؤلف الطبيعة الموضوعية للالتزام في الفقه الإسلامي ، ويرد على الفقيهين سانتيلانا وموراندي اللذان توها أن الالتزام شخصي ، ويؤكد أن تنفيذ الالتزام يجرى على مال المدين لا جسمه ، وينتهي إلى أن الإسلام قد سبق الغرب في تحرره من الرق التعاقدية .

(١) يقول الأستاذ شفيق شحاته ، في رسالته النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية : « سنرى أن للالتزامات في الفقه الإسلامى صبغة مادية ، وقد أدت هذه الصبغة إلى إمكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة - معنى حوالة الدين - ، بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة - معنى حوالة الحق - وهذا الانتقال يتم بواسطة ما أسمه الحوالة^(١) . »

وفي محاضرات الأستاذ شفيق شحاته عن حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ، التى ألقاها في معهد الدراسات العربية العالية عام ١٩٥٤ ، عدل عن رأيه في حوالة الحق . فقد جاء فيها : « وأما حوالة الحق فالذى اتضح لنا بعد استقراء المسائل ، أن الحكم بعدم جوازها هو في الواقع حكم مبتسر^(٢) . »

ويذهب الأستاذ مصطفى الزرقاء في مؤلفه الدخول إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامى إلى « أن الواقع المقرر في نصوص الفقه الحنفى جواز حوالة كل من الحق والدين^(٣) . »

(ب) على أن الدكتور عبد الرزاق السنهورى في مؤلفه مصادر الحق في الفقه الإسلامى يقرر وجود حوالة الحق بشروط معينة في مذهب واحد من مذاهب الفقه الإسلامى وينفى وجود حوالة الدين بالمفهوم الغربى في المذاهب الأربعة جميعاً ، فهو يقول :

« كيف صحت حوالة الدين في مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة ، وصحت حوالة الحق في مذهب مالك ؟

يفجأ الباحث حقاً ، إذا أخذ بظاهر العبارات أن يجد المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامى ، غير مذهب مالك ، لا تجيز حوالة الحق وتجزئ حوالة الدين ، مع أن حوالة الحق تسبق عادة في تطور النظم القانونية حوالة الدين ، بل إن هناك قوانين ، كالقانون الفرنسى ، عرفت حوالة الحق ولا تعرف حتى اليوم حوالة الدين ! ويفجأ

(١) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ف١٠٦ ، ص ١١٩ .

(٢) محاضرات عن حوالة الحق في قوانين البلاد العربية للدكتور شفيق شحاته ف٧٧ ، ص ٦١ .

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، ج ٢ ، ف ٣٢ ، ص ٧٤ .

الباحث أيضاً أن يرى الفقه الإسلامى . يجيز حواله الدين بالمقدولا يميزها بالميراث، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد ، بل إن القانون الرومانى فى أعلى مراحل تقدمه ، لم يجز انتقال الدين بالعقد بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث !

على أن البحث الدقيق ، فى نصوص الفقه الإسلامى يزبل هذا العجب ، ويبعد عن الفقه الإسلامى شبهة هذا الشذوذ . فليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حواله الدين ولم يعرف حواله الحق . وإلا كان هذا بدءاً فى تطور القانون . ومن غير الطبيعى أن يعرف نظام قانونى حواله الدين قبل أن يعرف حواله الحق، كما أنه من غير الطبيعى، أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء ، وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . لقد كان الفقه الإسلامى فى تطوره طبيعياً ، كسائر النظم القانونية : لم يعرف حواله الدين ، لا بسبب الموت ، إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده ولا بين الأحياء ، إلا فى صورة من صور الكفالة أو التجديد ، وعرف حواله الحق بسبب الموت ، إذ حقوق المورث تنتقل إلى الوارث ، وبين الأحياء بقبود معينة وفى مذهب واحد هو المذهب المالكي .

أما ما يسمى فى الفقه الإسلامى بحواله الدين ، فهو فى الفقه الحنفى غيره فى فقه المذاهب الثلاثة الأخرى ، وهو فى المذاهب الأربعة جميعاً ليس « حواله » دين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى^(١) .

٨ — ونحن وإن كنا نتفق مع أستاذنا السنهورى فيما انتهى إليه^(٢) لسنا نوافق على الأسس التى ارتكز عليها فى الوصول إلى هذه النتيجة . إن إخضاع الفقه الإسلامى إلى نفس السنن التى خضع لها القانون الرومانى، كما ذهب إليه أستاذنا، ليس بسديد أضف إلى ذلك أن القانون ، وهو من الملوم الاجتماعية المقدمة ، لا يخضع

(١) مصادر الحق ، ج ٥ ، ص ٨١ — ٨٢ . وانظر رسالة فى هذا الموضوع للأستاذ محمد الحسينى عبد الغفار ورسالة للدكتور عبد الودود يحيى .

(٢) ومع التحفظ بأن انعدام التطابق بين الحواله فى الفقه الغربى والحواله فى الفقه الإسلامى يقابله انعدام التطابق بين البيع فى الفقه الغربى والبيع فى الفقه الإسلامى لدخول المفاضة فى الثانى دون الأول .

بشكل واضح لمبدأ التقيد الذى يخضع له عالم المادة . فكثيراً ما نرى فى مجال تطور مفاهيم القانون حركة شبيهة بحركة رقص الساعة ! إن هذه المفاهيم غالباً ما تسير من مد إلى جزر ومن جزر إلى مد^(١) .

فليس ما يدعو إلى الاستغراب إذن ، أن يغير الفقه الإسلامى القانون الرومانى فى إجازته لحالة الدين بالمقد دون الميراث . إن عدم إلزام الوارث بدين المورث فى الفقه الإسلامى يتفق وروح هذا الفقه ، التى تأبى أن « ترز وزارة وزر أخرى » و « أن الغرم بالنعم » و « الخراج بالضمان » وهذه الروح ، فيما أعتقد ، هى التى أملت على التشريع الإسلامى قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون »^(٢) . وليس لدينا من الأدلة ما يكشف لنا عن سوابق هذه القاعدة فى عهد الجاهلية . وقد يكون القرآن الكريم فى آيته الكريمة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » قد عبر عما سار عليه العرب قبل الإسلام ، وقد يكون قد غاير ما ساروا عليه . والمهم فى الأمر ، نفى كون الفقه الإسلامى « شاذاً عن سنن التطور » و « عدم طبيعته » ، كما ذهب إليه أستاذنا

(١) فى عالم الاقتصاد سار العالم من الحرية الاقتصادية إلى التقيد ثم من التقيد إلى الحرية . وهاهو اليوم يتجه من جديد نحو الاقتصاد الموجه ، وهو ضرب من الغل يفرض على الحرية الاقتصادية وكذلك الأمر فى عالم القانون ، فالجميع يتحدثون اليوم عن انتكاس مبدأ سلطان الإرادة ، وكثير من الفقهاء يصفون هذا الانتكاس بأنه أزمة طرأت على العقد . وكذلك الأمر فى مفهوم الشكل ، فبعد أن ازور عالم القانون عن الشكل عاد إليه من جديد فى قالب مذهب فى التصرف الجرد . وإليك ما قاله الدكتور السنهورى عن هذا التذبذب فى تطور المفاهيم فى صدد بحثه عن السبب : « ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلى إلى تصرف رضائى ثم من تصرف رضائى إلى تصرف مجرد ، تطوراً تعاقب فيه عاملاً الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر فى كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر ومن هنا كان التصرف الجرد رجوعاً مذهباً إلى التصرف الشكلى ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلى يستجيب إليه فى جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف الجرد فى جمعية متحضرة (الوسيط ج ١ ص ٤٦٤ ف ٢٨٦) » .

(٢) ويذهب الدكتور غاستون ستيغانى فى مذكراته عن « الميراث والوصية فى القانونين الفرنسى والمصرى » لقسم الدكتوراه عام ١٩٥٠ — ١٩٥١ إلى أن مرد عدم انتقال الالتزام عن طريق الميراث هو كون الالتزام فى الفقه الإسلامى علاقة شخصية محضة .

« Dans le système musulman où le rapport d' obligation est un rapport strictement personnel , les dettes d' une personne décédée ne peuvent se transmettre à ses héritiers »

وفى الأدلة السابقة التى سقناها عن مادية الالتزام فى الفقه الإسلامى ما يدحض هذا الزعم .

فقد جاء في كلامه السابق : « وبفجأ الباحث أيضاً أن يرى الفقه الإسلامى يبحر حواله الدين بالعقد ، ولا يبحرها بالميراث ، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد ، بل إن القانون الرومانى فى أعلى مراحل تقدمه ، لم يبحر انتقال الدين بالعقد ، بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث ! » (١) .

ويقول أيضاً : « ومن غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء ، وهو لم يمتدح بانتقاله بسبب الموت » .

فهل القانون الرومانى هو الضابط فى تطور المفاهيم القانونية . وإذا كان الأمر كذلك ، فلم قفز المشرع الإسلامى فى مبدأ الرضائية قفزته الرائثة ، تلك القفزة التى عبر أستاذنا السنهورى عن إعجابها بها فى أكثر من موضع ؟ (٢) وهل يعتبر

(١) إن مرد انتقال الديون فى القانون الرومانى إلى الوارث هو اعتبار هذا الأخير مكملًا لشخصية المتوفى ، فقد كان الوارث يحتل المركز الأدبى والروحى الذى كان المتوفى يشغله ، فلا يحجب إذن إذا رأينا القانون الرومانى يلزم الوارث تبعاً لذلك ، بديون المتوفى صوتاً لاعتبارات الأديبة التى سيرتها عنه .

جاء فى كتاب « الوجيز فى الحقوق الرومانية وتاريخها » للدكتور محمد معروف الدواليبى ، ص ١١٩ : « وقد كان الوارث فى الحقوق الرومانية يأخذ مكان المتوفى ، ويحل محله فى جميع شؤونه ، من أشياء مادية وأشياء معنوية ، ومن حقوق له وحقوق عليه ، ولذلك كان مسئولاً عن الديون التى على المتوفى ولو تجاوزت حدود التركة لاعتباره وارثاً لشخصية المتوفى لا وارثاً لأموال المتوفى . »

أما الفقه الإسلامى فقد اعتبر أشخاص الأسرة مستقلين فى نطاقها . وكان مفهوم الأسرة فيه أكثر تطوراً مما هو عليه فى ظل القانون الرومانى فلم يسمح لطفليان رب الأسرة على أعضاء أسرته ولم يكن لرئيسها ما كان لرئيس الأسرة الرومانية من سلطان مطلق . جاء فى كتاب الوجيز السابق ص ٩٦ : « وقد كانت الأسرة الرومانية تؤلف فى الجملة بمجموعة ذات صفة دينية ، ورئيس الأسرة هو كاهنها ، وخليّة سياسية ، هو حاكمها ، ووحدة اقتصادية ، هو سيدها ، وبعبارة أوضح إن رئيس الأسرة هو صاحب السلطة المطلقة فيها ، وله فيها حق الموت والحياة ومن باب أول حق بيع الأولاد أو تقيدهم لأسرة ثانية » .

(٢) جاء فى مصادر الحق (ج ١ ، ص ٣٧) ونظرية العقد (ص ٦٣) : « والذى يلفت النظر فى أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضى بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان فى تكوين العقد . ووجه الغرابة فى ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل القانون الرومانى على عراقتة ، إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى فى آخر مراحل تطوره . ولعل السر فى وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ، ما كان للدين من الأثر البالغ فى تقرير قواعد الفقه أصولاً وفروعاً . »

الفقه الإسلامى غير طبيعى فى قفزه هذه لأنه حاد عن منطق القانون الرومانى ؟ ! .

والخلاصة : إن المقارنة ، التى عقدها المؤلف بين الفقه الإسلامى والقانون الرومانى ، والذهاب إلى أن القانون الرومانى قد سار على سنن التطور بإجازته لانتقال الدين بالإرث قبل إجازته لانتقاله بالعقد ، يخرجان بالمؤلف عن الخطة التى وضعها فى مقدمة سلسلته القيمة فى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، جاء فى هذه المقدمة : « ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى على أسس موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم له صنعة يستقل بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته ، وتقتضى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن فى هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامى من الفقه الغربى ، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامى قوة ، بل لعله يعتمد به عن جانب الجدة والإبداع وهو جانب للفقه الإسلامى منه حظ عظيم » (١) .

٩ - (ب) تحليل الالتزام بالدين إلى عنصرين الدين ذاته ، والمطالبة به :
 يعز الفقه الإسلامى فى الالتزام بالدين بين عنصرين : الدين ذاته ، والمطالبة به .
 وهذان العنصران هما متلازمان فى الأصل . بيد أنهما قد انفك أحدهما عن الآخر حيناً ، فيكون محل المديونية هو ذمه المدين ، ومحل المسؤولية هو ماله . كما لو كان قاصراً فإن التنفيذ هنا يتعلق بماله ، فلا يجبس بما زاد عليه ، وإلى هذا أشارت المادة ١٦٩ من قانون الأحوال الشخصية السورى حيث نصت على أنه : (١) للقاصر متى بلغ الثالثة عشرة الحق فى أن يتولى إدارة ماله الذى كسبه من عمله الخاص (٢) لا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال .

وبلاحظ أيضاً أن من نتائج هذا التمييز تسمية الدائن طالباً (راجع م ٦٤٤ من المجلة) .

= ويكفى لترجيح هذا رأى ، أن نذكر أن العقد فى أوروبا لم يصبح رضائياً إلا تحت تأثير عوامل مختلفة ، من أهمها الدين المسيحى ، وقوانين الكنيسة ، وهى تخص على وجوب الوفاء بالعهد ، فصار تقييد الإنسان بكلمته متفقاً مع آداب الدين . ثم انتقل بعد ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية . (١) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٢ .

ويعترض الفقهاء لهذا التحليل أيضاً بمناسبة الكفالة ، والحوالة : والإبراء ،
والتقاص ، وتأجيل الدين . فالحوالة عندهم تنقل التزام أداء الدين من ذمة إلى ذمة .
والكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط . والتقاص هو إسقاط مالك من دين
على غريمك في نظير ماله عليك^(١) وهو إنما يمنع المطالبة عند الأحناف ولا يسقط
الدينون المتقابلة .

فلو أبرأ أحدهما الآخر بعد التقاص طوّل بما للآخر عليه^(٢) وتأجيل الدين
يحول دون المطالبة قبل حلول الأجل رغم قيام الدين .

١٠ - (ح) إمكانه عدم وجود ملزم له معين عند نشوء الالتزام :

(١) فقد قضى الفقهاء بصحة تنفيذ الإمام في الجهاد حثاً منه للمجاهدين ،
بقوله « من قتل قتيلاً فله سلبه » . فهنا يستحق المجاهد أسلاب العدو الذي يقتله
ولولم يكن قد سمع بإيجاب الإمام وقت التنفيذ .

(٢) وأباز الفقهاء الوعد بجائزة ، لمن يعثر على شيء مفقود للواعد ، ولولم
يكن الخطاب موجهاً إلى هذا الشخص الذي عثر على الشيء المفقود .

(٣) وأجازوا تملك المجهول ، كما لو ألقى أحدهم دنانير ليلة الزفاف ، وقال :
« من أخذه فهو له » ، فمن يلتقط هذه الدنانير يصبح مالكا لها .

(٤) وأجاز الفقهاء ، الإقرار للمجهول جهالة غير فاحشة ، كما لو قال شخص
لائنين « إن لأحدكما على مبلغ كذا » وعندئذ ينصف بينهما إن اتفقا (م ١٥٧٨ مجلة) .

(١) راجع المقاصة في الفقه الإسلامي ، بحث مقارن للأستاذ محمد سلام مذكور ، ف ٢ ، ص ٩ .

(٢) راجع المرجع السابق (ف ١٥٧ ، ص ١٤٥ — ص ١٤٦) ، حيث ينتقد المؤلف
مسلك الأحناف إذ يقول : « والحق أن هذا الرأي رأى غريب لا يتفق مع ما يجري عليه الناس
في معاملاتهم ، ولا مع ما يفهمونه منها . فمن يؤدي دينه إلى غريمه أو يقاصه فيه ، لا يفهم إلا أنه
قام بما يلحق تبعته ، ويظهر ذمته . لأنه يسعى إلى دفع المطالبة وكفى .

وحقاً إن الدين ليس كالدين ، ويفضله بأن الدين على خطر التوى والضياع ، ولكن هذا المعنى
إنما يظهر في دين يبق دائماً ، لافي دين ثابت يوفيه صاحبه بالعين ، فينقضى بحصول هذا الوفاء ،
وإذا قلنا بأن الوفاء يقبض به دين في ذمة المستوفى ، ووجد إذ ذاك دينان متماثلان متلاقيان ، فلم
لا يسقط أصل الدين وتسقط المطالبة به وحدها ؟

الحق أن ما ذكره الحنفية في هذا الصدد لا مقنع فيه ، وليس للقول بعدم سقوط الدين بالمقاصة
وجه مقبول ، وهو قول تأباه العدالة . »

المبحث الثاني

النزعة الموضوعية في التصرف القانوني

١١ — سنبحث أثر النزعة الموضوعية في التصرف القانوني في المواطن التالية :

(أ) تعريف العقد .

(ب) عيوب الإرادة .

(ح) عدم نيابة القبض الضعيف عن القبض القوي .

(د) التعبير عن الإرادة .

١٢ — (أ) تعريف العقد : يعرف الفقهاء الإسلاميون العقد على أنه

« ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في المعقود عليه » ، وإذا قابلنا هذا التعريف مع تعريف الفقه الغربي الذي يذهب إلى أن العقد « هو كل توافق إرادتين قصد به إحداث آثار قانونية » ، لاحظنا النزعة الموضوعية في التعريف الأول ، والنزعة الذاتية في التعريف الثاني . إن الشيء البارز في التعريف الأول ليس هو اتجاه الإرادتين إلى إحداث الأثر ، وهذا هو المعنى البارز في التعريف الثاني ، بل تحويل المعقود عليه من حال إلى حال ، كصيورة المبيع مثلا ملكا للمشتري بعد أن كان ملكا للبائع ؛ وفي هذا أثر من آثار النزعة المادية^(١) .

ويشير الدكتور شفيق شحاته إلى هذا المعنى في كتابه « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » ص ١٢٣ / ١٢٤ فيقول : « وإذا رجعنا إلى التعريف الشائع في كتب الفقه ، لانتبين منه أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات . فليس التعريف على أنه توافق إرادتين منشيئاً للالتزامات ، بل على أنه توافق إرادتين يظهر أثره في المعقود عليه ، أي يؤدي إلى تحويل شيء من حال إلى حال ، وتعريفه بهذه الكيفية أثر من آثار النزعة الشيئية أو المادية في الفقه الإسلامي ، وهذه النزعة

(١) مصادر الحق للسنهوري ، ج ١ ، ص ٧٧ . والنظرية العامة للالتزامات — للدكتور

شفيق شحاته ، ف ١١٥ ، ص ١٢٣ .

جعلت الفقهاء ينظرون هنا إلى النتائج الأولى لانعقاد العقد ، وكثيراً ما يشبه هذا التعريف ، التعريف الذى أورده بولوك للعقد فى الفقه الإنكليزى .

هذا وقد أساء البعض فهم الملاحظة القيمة التى أشار إليها الدكتور شحاته ، واستخلصوا منها أنه يقول بأن العقد ليس بمصدر للإلزام . جاء فى رسالة الفسخ للدكتور الذنون ما يلى :

« ونحن لانقر الأستاذ على ملاحظته هذه ، ونرى أنه وقف عند حرفية الألفاظ ، ولم ينفذ إلى ما ورائها من معنى حقيق وتفسير صحيح ، وإن الحجة التى ساقها وتتلخص ، كما رأيت ، فى أن علماء الشريعة لم ينصوا صراحة على أن العقد توافق إرادتين منشىء للإلزامات ، حجة لا يصح الاعتماد عليها للقول ، بأن العقد لم يكن عندهم مصدراً من مصادر الإلزامات .

فقد نص علماء الشريعة الإسلامية صراحة ، على أن ركن العقد ودستوره هو « الرضا » عند ما قالوا بأن العقد « توافق إرادتين » ، ثم بينوا آثار العقد فى قولهم « يظهر أثره فى العقود عليه » ، فليس كل اتفاق إرادتين عقداً بل لابد لتكوينه من أن ينتج آثاره على محل يقبل تولد هذه الإلزامات عليه ، وكيف ينتج العقد آثاره إن لم يتولد عنه التزامات على أحد المتعاقدين أو عليهما معاً ، وفضلاً عن ذلك فإن علماء الشريعة نصوا صراحة على أن العقد سبب لحكم شرعى ، فعقد البيع مثلاً سبب للتملك والتملك ، وعقد الإجارة سبب لتمليك المنفعة وتملك الأجرة ، وهكذا . . . وواضح جداً أن علماء الفقه الإسلامى أرادوا من لفظ « السبب » ما أراده علماء القانون الوضعى من لفظ « السبب المنشىء » أى المصدر أو الفعل القانونى الذى تولد عنه الإلزام^(١) .

وبلاحظ أن هذا الإيراد الذى أورده الدكتور ذنون على ملاحظة الدكتور شحاته ليس فى محله ، فالواقع أن الدكتور شحاته لم يرد أن يقول إن العقد ليس بمصدراً للإلزام ، بل كل ما أراد أن يدل على أنه هو ، أن مصدرية العقد للإلزام

(١) النظرية العامة للفسخ فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى للدكتور حسن على الذنون ص ٢٨ .

لا تستنبط من نص تعريف العقد ، فالشيء الذي احتفل به التعريف ليس هو دور العقد في إنشاء الالتزام ، وهو الدور البارز في ظل النزعة الذاتية ، بل دوره في قلب المحل من حال إلى حال ، وهو الدور البارز في ظل النزعة الموضوعية . ولقد أجهد صاحب الرسالة نفسه في التدليل على أمر بديهي لا ينكره الدكتور شحاته بل لو تأمل عنوان الصفحة ١٢٣ التي أشار فيها الدكتور شحاته إلى تعريف العقد لوجدها معنونة ببحث مصادر الالتزام .

ويبدو أن الدكتور ذنون قد تراجع عن إirاده هذا في مؤلف حديث له (محاضرات في القانون المدني العراقي — نظرية العقد ألغائها على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العربية العالية) فقد جاء في الصفحة ٦/٥ من هذا المؤلف . أما القانون المدني العراقي فإنه يعرف العقد بأنه « إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقلين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المقود عليه (م ٧٣) وهذا التعريف مستمد من فقه الشريعة الإسلامية ومن مرشد الحيران بوجه خاص (م ٢٦٢) .

ويفهم من التعريف المتقدم . . .

(٢) أن المشرع العراقي يأخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني ، فالعقد هو إرتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين ، وهذا هو المعنى البارز في النزعة اللاتينية ، بل من حيث أنه يثبت أثره في المقود عليه أى يغير المحل من حالة إلى حالة وهذا تبرز النزعة الموضوعية .

وهذا كما ترى من الدكتور ذنون رجوع إلى رأى الدكتور شفيق شحاته السابق .

١٣ — (ب) عيوب الإرادة : عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي هي : الغلط ، والتدليس والإكراه . ولقد كان للنزعة الموضوعية السائدة في هذا الفقه أثر كبير في مدى احتفاله بهذا العيب أو ذاك من هذه العيوب . فالغلط مثلاً وهو شيء ذاتي لم يحظ في الفقه الإسلامي بالمكان الأهم . بل استعصى عليه أن يجد له فيه مكاناً موحداً

يلم شتمه ، ويجمع شتاته « فانتشرت نظرية الغلط في جوانبه متفرقة مبعثرة . فهنا خيار الوصف ، وهناك خيار العيب ، ويتقدم ذلك خيار الرؤية . ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض ، وألا صلة فيما بينها ، مع أنها جميعاً تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط وهم الفقهاء في كل ذلك منصرف إلى استقرار التعامل وانضباطه بقدر ما هو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمعاقدين فنظرية الغلط في الفقه الاسلامي ، فوق أنها مبعثرة ، يتنازعها عاملان متعارضان : استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية . ومن ثم كانت المعايير السائدة فيها هي معايير موضوعية ، يجري في خلالها تيار الإرادة الحقيقية يشق طريقه وسط هذه المعايير^(١) .

على أن الفقهاء المسلمين إذا دعتهم نزعتهم الموضوعية إلى إحلال عيب الغلط المكان الثاني من اهتمامهم فهذه النزعة نفسها قد دعتهم إلى إحلال عيب الإكراه المكان الأول من هذا الاهتمام « ذلك بأن الإكراه أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية ، بسبب ما يتصل به من وسائل العنف ، التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة ، وليست وسائل معنوية خفية^(٢) » « ويلاحظ أن عيوب الإرادة — الغلط ، والتدليس ، والإكراه — تتدرج صاعدة من الذاتية إلى الموضوعية . فالغلط هو أشد هذه العيوب ذاتية ، لأنه وهم يقوم بالنفس . ثم يليه التدليس ، فهو وهم يقوم بالنفس كالغلط ، ولكن يصاحبه طرق احتيالية خارجية . وهذا ما يجعل التدليس يتدرج بقدر معين من الذاتية إلى الموضوعية . وبلى التدليس في التدرج الإكراه فهو رهبة تقوم بالنفس ، ولكن مصدر هذه الرهبة يكون في العادة شيئاً مادياً ، فيسير الإكراه بذلك خطوة أبعد من التدليس نحو الموضوعية . والفقه الاسلامي — ونزعتة موضوعية كما قدمنا — يعتد بهذه العيوب جميعاً ولكن بترتيب عكسي . فأكثر ما يعتد به الإكراه ، حتى عقده باباً قائماً بذاته يتميز به عن سائر الموضوعات . ويعتد بعد الإكراه بالتدليس ، فالتدليس له قوام في الفقه الإسلامي ، بل هو معروف في بعض المذاهب بهذا الاسم بالذات . والغلط هو في

(١) مصادر الحق ، ج ٢ ، ص ١١١ .

(٢) نفس المرجع ، ص ١٩٨ .

الفقه الاسلامى أقل عيوب الإرادة بروزاً ، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية^(١) .

١٤ — (ح) عدم نيابة قبض ضعيف عن قبض قوى : تبدو النزعة المادية فى

الفقه الاسلامى أيضاً ، فى إلزام البائع أحياناً بتجديد تسليم البيع إلى المشتري ، ولو كان هذا الأخير متسلاًماً المبيع بموجب قبض سابق . ولبيان هذه الناحية لا بد لنا من بيان أنواع القبض فى الفقه الإسلامى أولاً ، ومدى حلول أحد القبضين محل الآخر ثانياً .

أنواع القبض : فى الفقه الاسلامى نوعان من القبض : قبض ضمان ، وقبض أمانة . أما قبض الضمان ، فهو الذى يكون فيه القابض ضامناً لما قبضه فيما لو هلك عنده ولو بآفة سماوية ، كالمقصوب فى يد الغاصب ، والمبيع فى يد المشتري .

أما قبض الأمانة ، فهو الذى لا يكون فيه القابض ضامناً لما قبضه إلا فى حالة التعمدى أو التقصير فى الحفظ ، كالمارية فى يد المستعير ، والوديعة فى يد الوديع ، والمأجور فى يد المستأجر ، ومال الشركة فى يد الشريك .

وهذان النوعان ليسا على درجة واحدة من القوة ، فالأول منهما وهو قبض الضمان قبض قوى ، أما الثانى وهو قبض الأمانة قبض ضعيف .

والقاعدة ، أن القبض القوى السابق ينوب محل قبض ضعيف أو قوى لاحق ، أما القبض الضعيف السابق فلا ينوب إلا محل قبض ضعيف لاحق . وبعبارة أخرى إن القبض السابق ينوب عن القبض الواجب إذا كانا متجانسين فى القوة والضعف أو كان السابق أقوى . فقبض الضمان ينوب عن قبض الضمان وقبض الأمانة ، أما قبض الأمانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، وإنما ينوب عن مثيله فى الضعف وهو قبض الأمانة .

فلو غصب شخص كتاباً من آخر ، ثم فكر فى شرائه من المقصوب منه ، فليس يلزم هذا الأخير أن يسلم الكتاب ، ما دام الغاصب قد قبضه قبض ضمان ، لأن هذا القبض ، وهو قبض قوى يحل محل القبض الواجب .

(١) مصادر الحق ، ج ٢ ، ص ١١٢ .

أما لو كان هذا الكتاب موجوداً عند الراغب في شرائه على سبيل العارية ،
ثم أقدم المستعير على شرائه ، فالمعير هنا وهو الذى أصبح بائناً يلزم بتجديد التسليم إلى
المشتري (المستعير السابق) ؛ لأن قبض المستعير السابق هو قبض أمانة وهو قبض
ضعيف ، لا يستطيع أن ينوب محل القبض الواجب بالشراء وهو قبض قوى .

وقد أشارت إلى هذا المادة / ٣٤٥ / من مرشد الحيران ، حيث نصت
على أنه :

« إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع ، بنصب أو بمقد
فاسد ، فاشترها من المالك ينوب القبض الأول عن الثانى .

وإذا كان المبيع فى يد المشتري عارية أو وديعة أو رهناً ، فلا يصير قابضاً بمجرد
المقد إلا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب إليه حتى يتمكن من قبضه » .

وقد أغفل القانون المراقى فى المادة / ٥٣٩ / الأخذ بهذه التفرقة بين نوعى
الضمان فاعتبرها على قدم المساواة ، جاء فى هذه المادة :

« إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من
المالك فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد
أمانة (١) » .

١٥ -- (٥) التعبير عن الإرادة : تبرز النزعة الموضوعية بوضوح فى مجال التعبير
عن الإرادة . ولعل ركنية هذا التعبير فى التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى هى التى
دعوتنا إلى تخصيص أبحاثنا القادمة كلها لبيان أثر النزعة الموضوعية فى التعبير عن
الإرادة . وسيتضح لنا هذا الأثر بوجه خاص خلال دراستنا لنظرية الإرادة الظاهرة
ونظرية السبب ونظرية العملية .

(١) وكان هذا التسليم القانونى معروفاً لدى الرومان بـ « التسليم باليد القصيرة Traditio
brevi manu » ، وهو تسليم يتم بمجرد تغيير النية ، دون حاجة إلى انتقال الشئ مادياً ؛ كما
إذا كان الشئ المبيع موجوداً من قبل فى حيازة المشتري على سبيل الإيجار أو العارية (انظر عقد
البيع للدكتور عبد المنعم البدرأوى ، ف ٢٣٣ ، ص ١٥٧) .

(٢) — التعبير عن الإرادة)

المبحث الثالث

النزعة الموضوعية في الواقعة القانونية

الفرع الأول

النزعة الموضوعية في نظرية الفعل الضار

١٦ - ونبحث فيما يلي أثر النزعة الموضوعية في نظرية الفعل الضار من النواحي الآتية:

- (١) ركن التعدي . (ب) معايير التعسف . (ح) رابطة السببية .
(د) تقدير التعويض . (هـ) الضرر الأدبي . (و) تقويم المنافع .
(ز) الشروع في الفعل الضار . (ح) مسؤولية عديم التمييز .

١٧ -- (١) ركن التعدي : الأفعال الضارة التي تقع على المال ، إما أن تقع عن طريق الغصب أو الإتلاف . وعرف الغصب بأنه إزالة يد محقة وإثبات يد مبطلة . أما الإتلاف ، فهو إخراج الشيء عن أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة عادة .

والإتلاف يكون مباشرة أو تسبباً ، فالإتلاف مباشرة : هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ^(١) والإتلاف تسبباً : يكون بعمل يقع على شيء فيفضي إلى تلف آخر ^(٢) ، فمن قطع حبل قنديل معلق ، فسقط القنديل على الأرض وانكسر ، يكون قد أتلف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل تسبباً .

والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعمداً ^(٣) فإذا انقلب نائم على متاع وكسره وجب عليه الضمان لأن فعل المستول هنا اتصل اتصالاً مباشراً بمال المضرور . ولو حفر إنسان بئراً في غير ملكه فوقع فيه إنسان ضمن الحافر لأنه متعمد ^(٤) . ويبين من ذلك أن الفقهاء لم يشترطوا لإيجاب الضمان خطأ الفاعل بالمعنى القانوني ، الذي يقصد به الإخلال بواجب قانوني على قصد

(٣) مجلة ٩٢م و ٩١٢م .

(٢) م ٨٨٨ مجلة .

(١) م ٨٨٧ مجلة .

(٤) مجمع الضمانات ص ١٦٥ .

الإضرار ، أو على الأقل على إمكان توقع حدوث الضرر منه ؛ بل اكتفوا بمباشرة الفعل الضار ، أو بالتعمد في حالة التسبب : والأول في نظرهم ، عمل غير مشروع بصرف النظر عن الحالة النفسية المباشرة . والثاني : يتحقق فيه العمل غير المشروع بمجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق بقطع النظر عن الحالة النفسية للتسبب ، ومن وقوع إهمال أو عدم تبصر منه أو عدم وقوعها .

غير أن فكرة التعمد ما لبثت أن تطورت ، فلم تقتصر على الخروج عن حدود الحق بل شملت عدم التبصر ، والإهمال ، والتعسف في استعمال الحق ، فقيدت السلطة التي يخولها الحق صاحبه بواجبات ، تفرض عليه عند استعمال هذه السلطة ، التبصر والاحتياط لعدم المساس بحقوق الغير ، والابتعاد عن قصد الإضرار ؛ وكان تقرير هذه الواجبات داعياً للبحث عن تمييز المسئول وحرصه وتبصره وهي عوامل ذاتية ، تقتضى تقديرًا ذاتيًا ، بعد أن كان تقديره موضوعيًا يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق^(١) . وبذلك اقتربت فكرة التعمد في الفقه الإسلامي من فكرة الخطأ التي جعلتها القوانين الوضعية أساساً للمسئولية^(٢) على أن الفقه الإسلامي ، فيما نرى ، لم يخرج في هذا الاقتراب عن نزعة الموضوعية الأصيلة بل جنح في هذا الاقتراب إلى التلطيف من هذه النزعة فلم يعد يقتصر في تقديره للتعمد على الخروج عن حدود الحق بل وأصبح يعتبر التعمد متحققاً في الحالات التي يخرج فيها المسئول عن مسلك الرجل المعتاد ولو لم يخرج عن حدود حقه وهذا الضابط الأخير هو بدوره ضابط مادي تعديبه القوانين الحديثة .

١٨- (١) معيار التعدي : إن معايير الشريعة الإسلامية في نظرية الفعل الضار

هي معايير موضوعية والضابط فيها هو سلوك الرجل العادي الذي يمثل جمهور الناس . فهي تنظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص الوسطي وتقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعمد ، فإن كان هذا لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي فقد اعتبر غير متعمد وانتفى عنه الضمان ، أما إذا انحرف عن هذا السلوك فقد لزمه

(١) تقرير الأستاذ إميل تيان إلى المؤتمر الدول للقانون المقارن سنة ١٩٣٧ ص ١٠ .

(٢) الدكتور سليمان مرقص المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، ص ٢٥ .

الضمان واعتبر متعمداً . وإليك صور ذكرها العز بن عبد السلام اعتبر فيها المتسبب غير ضامن لأنه لم يجاوز المؤلف من سلوك الناس .

« إذا أوقد في داره ناراً على الافتصاد المعتاد، فطار منها شرر فأتلف شيئاً بالإحراق فإنه لا يضمن . .

« إذا سقى بستانه على الإفتصاد في مثله ، فمرى إلى جاره فأفسد له شيئاً فلا ضمان عليه .

إذا ساق دابته على الافتصاد في الأسواق ، فأثارت غباراً أو شيئاً من الأحوال والأذى ، فأفسد ذلك شيئاً ، فلا ضمان ، إلا أن يزيد على الإفتصاد في السوق ، ولو ساق في الأسواق إبلا غير مقطورة ، أو ركب دابة نزقه لا يؤثر فيها كبح اللجام ، لزمه الضمان لخروجه عن المعتاد^(١) .

١٩ - (ب) معايير التمسف في استعمال الحق : أقرت الشريعة الإسلامية نظرية التمسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعنى الفقه الإسلامى بصياغتها ، صياغة تضارع ، إن لم تفق في دقتها وإحكامها ، أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء العرب . ولقد دعت هذه العناية واضع القانون المدنى السورى (وأصله المصرى) إلى استمداد معايير التمسف الثلاثة التى اشتمل عليها نص المادة الخامسة من الفقه الإسلامى . « وأول هذه المعايير ، هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير ؛ وهذا معيار ذاتى ، استقر الفقه الإسلامى على الأخذ به . .

والمعيار الثانى قوامه : تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية ، وهذا معيار مادى ، استقاه المشرع من الفقه الإسلامى وقتنته المجلة من قبل ، إذ نصت في المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتجمل لدفع ضرر عام .

أما المعيار الثالث ، فتندرج تحته حالات ثلاث :

(١) الأولى : حالة استعمال الحق ، استعمالاً يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وإذا كان المعيار في هذه الحالة مادياً في ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، ج ٢ ، ص ١٦٥ ، ص ٣٣ .

الأساسية لنفي صفة الشروعية عن المصلحة . وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأي في التقنيات الحديثة . . .

(ب) والثانية : حالة استعمال الحق ، إبتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية ، لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، والمعيار في هذه الحالة مادي ، ولكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير ، ويساير الفقه الإسلامي في أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء . . .

(ج) والثالثة : حالة استعمال الحق ، استعمالاً من شأنه أن يبطل استعمال حقوق تتعارض معه تمطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف ، والمعيار في هذه الحالة مادي ، وإذا كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلاحقه بمعيار انتفاء صفة الشروعية عن المصلحة ، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليه اسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامي يخصه بكيان مستقل^(١) . «

٢٠ — رابطة السببية : نظر الفقه الإسلامي إلى رابطة السببية بين الخطأ والضرر نظرة مادية بحتة . فهو قد اشترط في الإلتلاف بالمباشرة ، الإلتصال المادي المباشر بشخص المضرور أو ماله . وفي الإلتلاف بالتسبب ، اكتفى الفقه الإسلامي بوجود التعمد بقطع النظر عن عنصر الخطأ . وقرر الفقه تحميل المباشر المسؤولية دون التسبب عند اجتماعهما فإذا ما اجتمع المباشر والتسبب ، يضاف الحكم إلى المباشر والعلّة في ذلك أن السبب القريب يجب السبب البعيد ولا ضمان على التسبب .

على أن هذه النظرية المادية لرابطة السببية ، قد طرأ عليها تطور كبير خفف من حدتها ، وأدخل عليها الكثير من المرونة .

فقد قرر الفقهاء أن التسبب لا يضمن على المباشر عند اجتماعهما ، إذا كان السبب لا يفضى إلا الإلتلاف عند انفراده . أما إذا أفضى إلى الإلتلاف عند انفراده ، فيشترك عندها التسبب والمباشر في تحمل المسؤولية^(٢) .

(١) الأعمال التحضيرية ج ١ ، ص ٢٠٩ — ٢١٠ .

(٢) الرد ، ج ٥ ، ص ٥٣١ (تقرير السنهوري ص ٢٤) .

كما لو قاد شخص ، دراجة نارية يركبها آخر ، فتدهس ثالثاً ، فالضمان على الزاكب باعتباره مباشراً ، وعلى القائد باعتباره أن فعله مما يعمل بانفراده في إحداث الضرر .

ثم قرروا نقل الضمان من السبب القريب إلى السبب البعيد ، إذا وجد ما يسوغ إهدار السبب القريب . لصدوره عن غير وعى ، أو تحت ضغط قوة قاهرة ، أو جهالة شخص المتسبب القريب . فلو تزاحم الناس في طريق عام وأدى تزاحمهم إلى سقوط أحدهم في بئر حفرت فيه ، فأدى سقوطه إلى قتل آخر كان موجوداً بها ، فالساقط هنا مباشر ، ولكن لأنه دفع إلى البئر مكرهاً طائماً أهدر سقوطه ، وترتب الضمان على الدافع إذا أمكن تعيينه ، وإلا فعلى الحافر .

وكذا لو حفر بئراً في الطريق العام ، فوضع مجهول حجراً على حافة البئر ، فعثر به ثالث وسقط في البئر فمات ، كان ضمانه على الحافر عند تعذر تعيين واضع الحجر^(١)

٢١ - (د) تقرير التعويض : يقصد بالتعويض في الفقه الإسلامى إزالة الخلل الذى أصاب تعادل الثروة بين المسئول والمضرور ، فيلزم الأول بأن يعيد إلى الثانى ما أفقده . وتقدر قيمة الشيء التالف على أساس مادی ، فلا يعوض المسئول على المضرور جميع ما ترتب على التالف ، من الضرر بل يعوض فقط ما يساوى الشيء التالف وقت وقوع الضرر .

٢٢ - (هـ) الضرر الأدبى : لا يعتبر الضرر الأدبى ضرراً لأنه غير متقوم فلو شتم إنسان آخر لا يكون لهذا الأخير حق فى طلب تعويض من الشاتم وأن كان له الحق فى طلب معاقبته^(٢) .

٢٣ - (و) تقويم المنافع : إن المنافع عند الأحناف هى من حيث المبدأ غير متقومة لأنها غير مضمونة إلا عند وجود عقد أو شبه عقد فالغاصب عندهم

(١) مجمع الضمانات ، ص ١٨٠ . المسؤولية المدنية فى تقنيات البلاد العربية للدكتور سليمان مرقص ، ص ١٦٧ .

(٢) البحر الرائق ، ج ٨ ، ص ٣٤٠ المبسوط ، ج ٢٦ ص ٨١ . مجمع الضمانات ، ص ١٦٦ . تقرير تيان لمؤتمر القانون المقارن سنة ١٩٣٧ ، ص ٨ . محاضرات فى المسؤولية المدنية فى تقنيات البلاد العربية للدكتور سليمان مرقص سنة ١٩٥٨ ، ص ٤٩ .

لا يضمن منافع الشيء المقصوب لأن المنافع ليست متقومه بذاتها ، أى أنها لا تعد مالا متقوماً . وقد ذهب مالك إلى الضمان إذا تبين أن الغاصب انتفع بالمقصوب أما الشافعى فقد قال بالضمان فى جميع الأحوال (١) .

٢٤ - (ز) الشروع فى العمل غير المشروع : ليس يعول الفقهاء الأحناف

فى حالة الشروع فى الفعل الضار على نية المسئول فى الإضرار فهم يصرحون بأن « نية الاتلاف ليس بإتلاف » بينما يذهب الشافعية إلى افتراض نية الأضرار لدى المسئول ويلزمونه بالضمان . جاء فى البدائع : « ولو أخذ بمض دراهم الوديسة لينفقها ، فلم ينفقها ثم ردها إلى موضعها بعد أيام ، فضاعت ، لاضمان عليه عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله يضمن ؛ وجه قوله أنه أخذها على وجه التعدى ، فيضمن ، كما لو انتفع بها . ولنا ، أن نفس الأخذ ليس بإتلاف ، ونية الاتلاف ليس باتلاف ، فلا توجب الضمان ، والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إن الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمتى ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا » (٢) .

٢٥ - (ح) مسؤولية عريم التمييز : يبنى الفقه الإسلامى المسؤولية التقصيرية

أحياناً ، على تحمل التبعة لا على الخطأ . فغير المميز مسئول . وتقوم المسؤولية عنده على ركن التعدى فحسب ، جاء فى المجلة « وإذا أتلّف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله (م ٩١٦) » . وجاء فى الفتاوى الهندية : « حتى أن طفلاً يوم ولد لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يلزم الضمان » . « ومن المقررات الشرعية أن فاقدي الأهلية يعدون مسئولين فى أموالهم ، وإن كانوا غير محاسبين على أقوالهم ، وتصرفاتهم القولية ملغاة لا اعتبار لها (٣) » . (٤) .

(١) المحمضان ، النظرية العامة لاهوجيات والعقود فى الشريعة الإسلامية ، ج ١ ، ص ١٦٣ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢١٣ ، ص ٢٥ .

(٣) الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى للاستاذ محمد أبو زهرة ، ف ١٤٤ ، ص ١٤٥ .

(٤) وفى نطاق العقوبات تبدو النزعة الموضوعية لدى الأحناف بوجه خاص فى تحديدهم للعمدية فى القتل فهم لا يكلفون القاضى مشقه البحث فى نفسه المجرم عن سابق تصور الجريمة وتصميمها ، بل يلجأون إلى آلة القتل نفسها . ويستخلصون منها هذا التصميم ، فإن كانت هذه الآلة محددة تفرق الاجزاء ، كالسلاح أو ما يعمل فى تفريق الاجزاء كالنار ، اعتبروا القتل بهذه الآلات موجباً =

الفرع الثانی

النزعة الموضوعية في نظرية الفعل النافع

٢٦ - عزم الاختقال بحسن النية وسوءها : إن الفقه الإسلامى قلما يعتد بسوء النية ، فهو لا يكلف نفسه عناء البحث عن هذا العنصر الذاتى باعتباره تشريعاً ذا نزعة موضوعية .

(أ) ففي حالة بناء المشتري في الأرض المشفوع فيها ، لا نجد لدى الفقهاء تفصيلاً عند بحثهم في أمر القلع ودفع قيمة البناء ، بين حالتي البناء بحسن نية ، والبناء بسوء نية . فأبو يوسف يذهب إلى افتراض حسن نية الباني فلا يكلفه بالقلع « لأنه محق في البناء لأنه بناه على أن الدار ملكه » ويذهب أبو حنيفة إلى افتراض سوء نية المشتري فيكلفه بالقلع « لأنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق ^(١) » .

(ب) وفي حالة الغصب لا يفرقون بين الباني حسن النية والباني سيئ النية .

« ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له : إقلع البناء أو الغرس وردها فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء أو الغرس مقلولاً ويكونان له ^(٢) » .

وعند هلاك المصنوب لا يفرقون أيضاً بين الغاصب حسن النية والغاصب سيئ النية ، ففي الحالين يوجبون الضمان ، ويتركون أمر سوء النية إلى المؤيد الأخرى .

== للقود ، وبوجه الأحناف رأيهم بقولهم : « إن القود لا يكون باتفاق إلا بالقتل العمد ، والعمدية أمر خفي ، لا يعرف بنفسه ، وإنما يعرف بآلة الضرب ، وليس هناك من آلة تقطع حبل الشك في عمد القتل إلا الحديد ، وما يجري مجراه (فقه القرآن والسنة للاستاذ محمود شلتوت ، ص ١٥٧) . » أما جمهور الفقهاء فقد ركنوا إلى معيار ذاتي في تحديدهم للعمدية معولين في ذلك على قصد الجرم وسواء أ كان بعد ذلك ما استعمله محمداً أو غير محمداً .

(١) الهداية على الفتح ، ج ٧ ، ص ٤٣٠ ، قارن مع المادة ٩٤٦ من القانون المدنى المصرى .

(٢) المرجع السابق ص ٣٨٣ - ٣٨٤ .

جاء في الهداية : « ثم إن كان [الفصب] مع العلم ، فحكمة المآثم والمغرم .
وإن كان بدونها فالضمان ؛ لأنه حق العبد ، فلا يتوقف على قصده ، ولا إثم ، لأن
الخطأ موضوع ^(١) » .

(١) المرجع السابق ، ص ٣٦٣ . قارن مع المادتين ٩٢٣ و ٩٢٤ من القانون المدني المصري .
والمادتين ٨٨٩ و ٨٩٠ من القانون المدني السوري حيث يختلف الحكم حسب نية الباني أو الفارس .

الفصل الثاني

أثر النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي على التقنين المدني السوري

٢٧ - تناول الدكتور السفهري في صدد بحثه عن استمداد التقنين المدني المصري الجديد (أصل القانون المدني السوري) من الفقه الإسلامي ، انحياز هذا التقنين إلى النزعة الموضوعية التي أخذ بها الفقه الإسلامي .

جاء في الوسيط : « فمن المبادئ العامة التي أخذ بها التقنين الجديد ؛ النزعة الموضوعية التي نراها تتخلل كثيراً من نصوصه : وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، آثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمده في الترجيح .

ومن هذه المبادئ أيضاً نظرية التعسف في استعمال الحق . لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدّها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي ، الذي استقرت عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معياراً موضوعياً في الفقه الإسلامي ، يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ، ويتوقى الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعماله .

وكذلك الأمر في حوالة الدين ، أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي ، فأخذ بها التقنين الجديد .

ومبدأ الحوادث الطارئة أخذ به بعض التقنينات الحديثة فرجح التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي ^(١) .

(١) الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٧ .

وجاء في المذكرة التحضيرية للقانون المدنى الجديد « الشريعة الاسلامية : وقد استمد المشروع كثيراً من نظرياتها العامة ، وكثيراً من أحكامها التفصيلية ، فمن أهم ما اقتبسه من النظريات العامة ، النزعة المادية أو الموضوعية التى تميز الفقه الإسلامى ، ونظرية التمسف فى استعمال الحق ، ومسئولية عديم التمييز وحالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة . (١) . » .

٢٨ — وقد قلل البعض من قيمة هذا الاستمداد ، زاعمين أن مصدر النزعة الموضوعية ، السائدة فى القانون المدنى المصرى ، هو التشريع الجرمانية لا الشريعة الإسلامية .

جاء فى بحث للدكتور أحمد شيتى قدمه إلى معهد القانون الدولى المقارن ، عن تكوين المقد وتفسيره فى القانون المدنى المصرى الجديد ، ما يلى :

« والحق . أنه رغم ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ، فإن استمداد القانون المدنى الجديد من الفقه الإسلامى هو محدود جداً ، ولئن صح القول بأن الفقه الإسلامى متفق مع القانون الجرمانى من حيث النزعة الموضوعية ، ففى وسعنا القول بأن النصوص التى طبقت هذه النزعة استمدت من التشريع الجرمانى . وسيجد القاضى نفسه مضطراً عند تفسير هذه النصوص الى الرجوع الى هذه التشريعات الجرمانية لا الى الفقه الإسلامى (٢) » .

٢٩ — والواقع أن الدكتور شيتى قد غالى فى إبعاد القانون المدنى الجديد عن الاستمداد من الفقه الإسلامى . ولئن كنا نتفق معه فى الرجوع إلى التشريع الجرمانى فى المواد التى استمدت بكاملها أو معظمها من هذا التشريع ، كمنظرة الظروف الطارئة (٣) ؛ فلسنا نتفق معه فى الرجوع إلى هذا التشريع فى تفسير ما استمد من الفقه الإسلامى ، كضوابط التمسف فى استعمال الحق التى كان للفقه الإسلامى فيها أثر يبين (٤)

(١) المذكرة التحضيرية ، الباب التمهيدى ، ص ٣٠ .

(٢) راجع مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩ ، عدد ١ ، آذار ١٩٤٩ ، (القسم الفرنسى)

(٣) الوسيط ، ج ١ ، ص ٤١٩ ، ف ٦٤١ .

(٤) الوسيط ، ج ١ ، ص ٨٤٨ ، ف ٥٦٣ .

لِقْصَمُ الْأَوَّلِ

دور التعبير عن الإرادة
في

تكوين التصرف القانوني

في

الفقه الإسلامي

تمهيد

التصرف القانوني والواقعة القانونية

في الفقه الإسلامي

٣٠ - للحق في الفقه الإسلامي مصدران :

« أحدهما : الإلزام أو العقد بمعناه العام . وذلك كالبيع ، والهبة ، والوقف والإباحة ... »

وثانيهما : أحداث واقعة وصفات قاعة ، جعلها الشارع أسباباً لحقوق ، تترتب عليها ، كالإستيلاء ، والغصب ، والولادة ، والوفاة ، والجوار ، والشركة ، والصغر ، والبلوغ ، وما إلى ذلك .^(١) »

٣١ - وهذا التقسيم ، الذي ينتظم مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، يطابقه تقسيم مصادر الحق في الفقه الغربي الحديث ، إلى تصرفات قانونية ووقائع قانونية^(٢) .

والتصرف القانوني هو إرادة محضة تنجبه إلى إحداث أثر قانوني معين ، يرتبه القانون

(١) الحق والذمة ، للاستاذ على الخفيف ، ص ٢٠٤ .

(٢) ويلاحظ أن الفقه الفرنسي القديم كان يقسم مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر : العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة ، والقانون . ويرى أستاذنا السهوري ، أن الفقه الإسلامي هو أكثر معانوعة للتقسيم الثنائي الحديث من الفقه الفرنسي لسببين : (السبب الأول) أنه لا يحجب وحدة التصرف القانوني بالقدر الذي يحجبهما الفقه الفرنسي . فهو من ناحية لا يفصل بين العقد والإرادة المنفردة فصلاً حاداً كما يفعل الفقه الفرنسي ، بل كثيراً ما يقع الخلاف فيما إذا كان تصرف معين يتم بالإيجاب والقبول ، أو يتم بالإيجاب وحده ، ويبقى التصرف موصوفاً بأنه عقد في الحالتين .

و (السبب الثاني) أنه وإن كان قد نثر الوقائع القانونية متفرقة بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني ، إلا أنه لم يبوب هذه الوقائع تبويباً يعزل بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسي . فلا تستصحب هذه الوقائع على تبويب شامل يردها جميعاً إلى الواقعة القانونية ، وليس يوجد في الفقه الإسلامي تبويبات أخرى تتعارض مع هذا التبويب . (راجع مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٦٧ - ٦٨) .

كالبيع والوصية. والواقعة القانونية هي عمل مادي، يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره، ويرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً . ومثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيازة . ومثل الواقعة غير الاختيارية الميلاد والموت .

٣٢ — وخير تعريف للتصرف القانوني في الفقه الإسلامي هو التعريف الذي أورده أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة ، فقد جاء في هذا التعريف بأن التصرف الشرعي هو « كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ، ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل ^(١) . » ويمتاز هذا التعريف بإبرازه لدور الشارع في ترتيب آثار التصرف القانوني في الفقه الإسلامي ^(٢) أما الواقعة القانونية في الفقه الإسلامي فنستطيع أن نطلق عليها نفس التعريف الوارد في الفقه الغربي فهي « كل عمل مادي رتب الشرع عليه أثراً شرعياً معيناً » .

على أننا إذا رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي لا نجد فيه تبويماً لمصادر الحق، كالتبويب الثنائي الحديث الذي أثمرنا إليه في الفقه الغربي ؛ وإنما نجد فيه تبويماً ثنائياً آخر ، يقسم التصرفات إلى تصرفات قولية وتصرفات فعلية ^(٣) فهل ثمة من صلة بين هذين التقسيمين ؟ وما هو مدى هذه الصلة ؟

٣٣ — (١) يذهب أستاذنا الجليل الدكتور السهوري ، إلى أن ثمة ما يشبه الترادف بين اصطلاحى التصرف القانوني والتصرف القولي ، وكذلك الحال بين اصطلاحى الواقعة القانونية والتصرف الفعلي .

جاء في مصادر الحق : « ومما يجعل التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية تمييزاً مقبولا في الفقه الإسلامي ، أن الفقهاء يميزون في كثير من المناسبات بين

(١) الملكية ونظرية العقد ، للاستاذ محمد أبو زهرة ، ف ١٠١ — ١٠٢ .

(٢) راجع نظرية جعلية آثار التصرف القانوني في الفقه الإسلامي في القسم الثاني من هذه الرسالة .

(٣) جاء في لسان العرب ، ج ١١ ، ص ٩٢ ، س ٩ . المتصرف في الأمور المحرب لها .

قال سويد بن أبي كاهل الدشكري .

ولساناً صريحاً صارماً كجسام السيف مامس قطع

والصرف القلب والحيلة يقال : فلان يصرف ويتصرف ويصرف لعياله ، أى يكتسب لهم .
الصرف الحيلة ومنه التصرف في الأمور .

وقال يونس : الصرف الحيلة ، ومنه قيل فلان يتصرف أى يحتال قال الله تعالى : « لا يستطيعون صرفاً ولا نصراً » .

التصرفات القولية (وهذه هي التصرفات القانونية) . والتصرفات الفعلية (وهذه هي الوقائع القانونية)^(١) .

وجاء أيضاً : « والفرق بين الإكراه الملجئ ، والإكراه غير الملجئ ، أن الأول ، وهو أشد جسامة من الثاني ، يؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية جميعاً أى في التصرفات القانونية والوقائع المادية »^(٢) .

وجاء أيضاً : « والمذهب الحنفى ... أكثر المذاهب عناية بتقرير مسائل الإكراه ... فلا يجعلها متصل بعقد أو تصرف بالذات ، ولكن يتناول بها جميع التصرفات ، لا التصرفات القولية لحسب بل والتصرفات الفعلية أيضاً ، أى يممها فتشمل جميع مصادر الحقوق من تصرفات قانونية ووقائع مادية »^(٣) .

على أن هذه المطابقة ، التي ذهب إليها أستاذنا السهورى ، إن قامت بين التصرف القولى والتصرف القانونى ؛ فهي غير قائمة ، فيما نرى ، بين التصرف الفعلى والواقعة القانونية ، ذلك :

(١) أن الواقعة القانونية ، كما رأينا ، تتضمن واقعة الميلاد والوفاة ولم يقل أحد من الفقهاء المسلمين ، أن واقعة الميلاد أو الوفاة أو واقعة الجوار أو القرابة هي من التصرفات الفعلية ، فهذه كلها أوصاف شرعية مجردة .

(ب) وعدا ذلك ، فإن لفظ « التصرف » يطلق في الفقه الإسلامى على عمل الانسان ، فالفقهاء في باب مرور الزمن ، يطلقون لفظ التصرف على ما يشمل عمل الانسان في ملكه ، بعقد يجزبه عليه أو بالإنتفاع المباشر فيه استعمالاً وهدماً وبناءً . . .^(٤) والوقائع المسار ذكرها ، من قرابة وغيرها ، ليست بأعمال طوعية من أعمال الإنسان ، بل هي مفروضة عليه ، فهي في حقيقتها بعيدة كل البعد عن تسميه « تصرف » .

(١) مصادر الحق ، ج ١ ص ٦٩ هامش .

(٢) مصادر الحق ، ج ٢ ، ص ٢٠٣ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٩٩ .

(٤) راجع المجلة م ١٦٦٠ - ١٦٦١ ، وتنقيح الفتاوى الحامدية ، ج ٢ ، ص ٣ - ، ص ٤ .

(٣ - التعبير عن الإرادة)

ويؤيد ذلك ، التعاريف التي أعطاها الفقهاء المحدثون لمفهوم التصرف ، فقد اعتبرت جميعها التصرف من عمل الانسان .

جاء في تعريف أستاذنا أبو زهرة السابق : « أن التصرف هو كل ما يكون من تصرفات الشخص ... »

وعرفه الأستاذ محمد فهمي أبوسنه : « المراد بالتصرف هو الإلزام الذي يصدر من الشخص فيرتب الشرع عليه أحكامه ، سواء كان بسيطاً أى من جانب واحد كالنذر ، أو كان مركباً من التزامين متبادلين يقوقف أولهما على ثانيهما كما في عقود المعاوضة ^(١) . »

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنه « كل ما يصدر عن شخص بإرادته ، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية ^(٢) » .

٣٤ - (ب) وإلى جانب هذه المحاولة ، التي ذهبت إلى التوسع في مفهوم التصرف الفعلي ، نمة محاولة أخرى قام بها الدكتور صبحي المحمصاني في مؤلفه « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ذهب فيها إلى التضييق من مفهوم التصرف الفعلي وجعله مرادفاً لمفهوم الفعل الضار ، كمصدر من مصادر الإلزام في الفقه الغربي ^(٣) .

فقد عرف التصرفات الفعلية بأنها « الأفعال التي تكون سبباً للضمان ، كإتلاف مال الغير أو غصبه » واعتبرها « مرادفة للأعمال غير المباحة » ^(٤) .

(١) العرف والمادة في نظر الفقهاء ، ص ١٤٧ . (٢) المدخل الفقهي العام ، ف ١٣١ . ويرد على هذا التعريف أنه أدخل مفهوم الإرادة في التصرف ، وهو مفهوم ذاتي تأباه النزعة الموضوعية للتصرف في الفقه الإسلامي . (٣) وهو في هذا المفهوم « لخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك الخلل » ، راجع الفعل الضار للدكتور سليمان صردق ، ص ٤٨ ، ف ٣٤ . (٤) الجزء الأول ص ٣٣ . « وهذه المصادر (مصادر الإلزام) جميعها الفقهاء المسلمون بعنوان واحد هو التصرفات الشرعية . فالتصرف في اصطلاحهم هو كل عمل يندشئ بالالتزام وينتج أثراً شرعياً . والتصرفات الشرعية نوعان : قولية وفعلية . فالقولية تشمل العقود جميعاً والتصرفات الأخرى الشبيهة كالوقوف والنذر ولكن كلمة التصرفات القولية ربما فهم منها أنها تحصل بالقول فحسب مع أنها تصح بالكتابة ، كما نرى في العقود الخطية المعروفة ، وتصح حتى بالإشارة كما في عقد الأخرس ، وبالدلالة كالسكوت في معرض الحاجة . ومع هذا فإننا لم نر ما يبرر ترك هذه الاصطلاحات الفقهية العربية الثابتة المفهومة والأخذ بالعبارات المعربة التي جاءت في القانون اللبناني » .

ونحن لا نوافق المؤلف على حرصه على هذا الاصطلاح ، لأنه يحمل آثار اهتمام الفقهاء باللفظ ، وهو اهتمام لم يعد له أثر في مفهوم التصرف القانوني الحديث .

ونحن لا نوافق المؤلف على تصنيفه من مفهوم التصرف القملى ، وحصره فى الأعمال غير المشروعة ، ونرى بسطة على الأعمال المباحة كإحراز المباحات فهذا الإحراز هو فى عرف الفقهاء تصرف رغم مشروعيته .

ودلينا على ذلك ما ورد فى تهذيب الفروق للقرافى :

قال : « أولا --- إن الأسباب الفعلية تصح من السفية المحجور عليه دون القولية .

ثانيا : إن الفعلية لا تقع إلا نافعة مفيدة غالباً بخلاف القولية . والأسباب الفعلية هى كالإحتطاب والإحتشاش والإصطياد ^(١) »

ووجه استدلالنا بما جاء فى الفروق ، أن السفية يمنع من التصرفات القولية (مجلة م ١٩٤١) وما دام سمح له بإحراز المباحات فى تدخل إذن فى عموم التصرفات الفعلية التى لا تدخل تحت الحجر . وعليه ، لا وجه لاستناد المؤلف إلى ما ورد فى كتاب البدائع (ج ٧ ص ١٧١) فى تقريره لحصر التصرفات الفعلية بالانلاف والغصب اللذان لا يحجر السفية عنهما ، مادامنا رأينا أنه لا يحجر أيضا عن إحراز المباحات التى تدخل فى شمول لفظ التصرف القملى .

٣٥ — (ح) وثمة محاولة ثالثة ، ذهبت إلى التوسع فى مفهوم التصرف القولى ، فأدخلت فيه فيما نرى مفهوما غريبا عنه ، وهو القذف . ونجد هذه المحاولة فى المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء حيث اعتبر جرائم القذف ، من قذف وقذف وضم ، فى عداد التصرفات القولية ^(٢)

ونحن لا نساير المؤلف فيما ذهب إليه ، ولئن صح أن نطلق على لفظ القذف التصرف القولى من الناحية اللغوية ، فليس ثمة ما يؤيد هذا الاطلاق من الناحية الشرعية الإصطلاحية ^(٣)

(١) تهذيب الفروق للقرافى ، ج ١ ، ص ٢٠٤ ، قاعدة رقم ٣٥ .

(٢) المدخل الفقهى العام ، ف ١٣١ ، ص ١٩٥ . راجع مذكرات الدكتور السنهورى فى « التصرف القانونى والواقعة القانونية » المطبوعة لقسم الدكتوراه عام ٩٥٣ - ٩٥٤ ، ص ٤٦ حيث أشار المؤلف إلى أن دوجى Duguitt يعتبر السب تصرفاً قانونياً ؛ وقد أخذ المؤلف عليه أنه يخلط بين التصرف القانونى والواقعة القانونية ، لأن السب عمل مادى وإن كان إرادياً .

(٣) يؤيد ذلك صاحب البدائع فقد اعتبر « الشتم » من الأمور الحسية أثناء بيانه لما يقع عليه الإكراه ، فقد جاء فى البدائع (ج ٧ ، ص ١٧٦ ، س ١٧) « أما الحسى المعين فى كونه مكرها عليه فالأكل والشرب والشتم والكفر والإتلاف .. »

٣٦ — والخلاصة : إننا نرى أن يحصر مفهوم التصرف القولى الإسلامى بما يقابل التصرف القانونى فى المفهوم الغربى، وأن يحصر مفهوم التصرف الفعلى بما يقابل الفعل النافع والفعل الضار فى المفهوم الغربى .

أما المصدر الخامس من مصادر الالتزام فى الفقه الغربى ، بما فيه من أوصاف شرعية يرتب عليها الشرع أثراً ، كالقراية والجوار والميلاد والوفاة وغيرها ، فنحن نرى أنها تؤلف مصدراً ثالثاً مستقلاً لا يدخل فى مفهوم المصدرين الآخرين. ^(١)

(١) عرف الدكتور ماجد الحلوانى مصادر الالتزام فى القانون المدنى السورى بأنها : « تلك التصرفات الحقوقية سواء القولية منها أو الفعلية التى تؤدى إلى نشوئه » ؛ ووضح أن هذا التعريف ليس بجامع لأنه ، كما مر معنا ، ثمة أحوال وصفات جعلها الشارع أسباباً لحقوق رتبها عليها ، كالقراية والولادة والوفاة والجوار ومرور الزمن ، مما لا يدخل لا فى التصرفات القولية ، ولا فى التصرفات الفعلية . راجع مذكرات المؤلف التى ألقاها على طلاب كلية الحقوق فى جامعة دمشق ، عام ١٩٥٥ — ١٩٥٦ ، ص ٧ .

الباب الأول

التعبير الملقى والتعبير المتلقى

٣٧ — للتعبير ركنان : مادی ومعنوی . ويختلف مضمون هذين الركنين حسب نوع التعبير . ففي التعبير الملقى وهو الذي يتم بمجرد صدوره ، يكون الركن المادی إظهار الإرادة ؛ أما الركن المعنوی فهو إرادة التعبير ، وإرادة الأثر .
وفي التعبير المتلقى وهو الذي لا يتم بمجرد صدوره بل لابد من توجيهه إلى شخص معين ، ليس يقتصر الركن المادی على إظهار الإرادة ، بل لابد من إعلامها إلى الموجه إليه التعبير . أما الركن المعنوی فقوامه فيه ثلاثة عناصر : إرادة التعبير ، وإرادة الأثر ، وإرادة الإعلام ، وسنبحث فيما يلي : (أولاً) إظهار الإرادة .
(ثانياً) : إعلام الإرادة . ورجى الكلام عن إرادة التعبير وإرادة الأثر إلى حين البحث في النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة .

الفصل الأول

إظهار الإرادة

٣٨ — ونبحث فيه : (١) ضرورة الإظهار . (٢) الأساس الذي يقوم عليه الإظهار . (٣) إنشائية التعبير .

المبحث الأول

ضرورة الإظهار

٣٩ — يكاد الفقهاء الإسلاميون يجمعون على ضرورة إظهار الإرادة كشرط لإنتاجها الحكماء الشرعي^(١) . ولا يشذ عن هذا الاتجاه إلا قول في المذهب المالكي يذهب

(١) جاء في مصادر الإلتزام للدكتور حنيفة أبو ستيت ، ف ٧٧ ، ص ٧٣ : « على أن الإرادة ، حتى لو اتجهت إلى إحداث أثر قانوني ، لا يمكن أن يعنى بها القانون ما بقيت عزماً منه قدراً في نفس =

إلى إنتاج النية الباطنة لأثرها الشرعى فى بعض التصرفات ، ولو لم تفصح عن نفسها بتمبير خارجى ذى قيمة شرعية موضوعية . ولعل هذا الاتجاه الذى يسمى إلى احترام الإرادة العارية عن أى ثوب خارجى يعبر عن اتجاه المذهب المالكي العام نحو احترام الإرادة الحقيقية .

٤٠ - ويستند الفقهاء عادة ، فى اشتراطهم لظهور الإرادة إلى الحديث القائل : « إن الله تجاوز لى عن أمتى ما وسوست به صدورهم ما لم تعمل أو تتكلم » .

ورغم أن هذا الحديث ، كما يدل عليه ظاهره ، قد تناول المسئولية الأخروية فقد ارتكز عليه الفقهاء لإيجابهم لظهور الإرادة ، وكان لاختلافهم فى فهم هذا الحديث أثر فى اختلافهم فى تقرير ضرورة ظهور الإرادة^(١) .

== صاحبها ، ولما هو معنى بها متى برزت إلى العالم الخارجى وعلم بها غير صاحبها ، وهذا لما يتحقق بالتعبير عنها » .

وجاء فى رسالة التعبير عن الإرادة للدكتور وليم فلاده ، ص ٥٩ : « لانعترف النظرية التقليدية بأى أثر يترتب على النية المضمرة فى نفس الشخص الذى لم يفصح عنها - خلق الملكية الذى لكل شخص على ذمته ، والذى بمقتضاه ، أن الإرادة التى لم يقبلها شخص آخر يمكن الرجوع فيها طالما أنها لم تقبل - هذا الحق يقتضى من باب أولى أن النية التى لم تنفصل عن نفس صاحبها ، تبقى تحت سلطانه المطلق ، وتظل بلا أثر قانونى ، ما دامت مجرد حقيقة ذهنية باطنية . وإذن فالقاضى فى النظرية التقليدية لن يصبح مجبراً على أن يكتسب حاسة سادسة من أجل الوصول إلى ما لا يرى ، إلى غير المحسوس المستقر فى نفس الإنسان » .

والعقوبات كالمعاملات فكما أن التصرف القانونى لا يولد أثراً إلا إذا ظهر فكذلك النية فى القلب لا يترتب عليها عقوبة إذا لم تعمل .

جاء فى كتاب الجريمة والعقوبة ، لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، ص ٣٧٥ ، ف ٣٧٧ : « وقد قرر الإسلام أنه لا عقاب على ما يكون فى القلب ولا يخرج إلى العمل ؛ فإنه ورد الآثار المتضافرة التى تثبت أنه لا عقاب فى الدنيا ولا فى الآخرة عما توسوس به النفس . فقد ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تعالى تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم » .

ولقد قال صلى الله عليه وسلم : « من هم بحسنة فلم يفعلها ؛ كتبت له حسنة ، ومن هم بسيئة فلم يفعلها لم يكتب له شيء » .

وإنه من القواعد المقررة : « أن الشريعة الإسلامية ظاهرية لا يتكشف فيها القضاء أمور النيات والبواعث ، ولكن يحكم فيها بما ظهر ، ويترك لله ما بطن » .

(١) ذهب ابن العربى إلى أن المراد بالكلام المقصود فى الحديث هو الكلام النفسى . قال : ==

إن الإرادة ، في رأى السائد لدى الفقهاء ، لا تعتبر موجودة شرعاً إلا إذا ظهرت وهي إذا لم تجز عقبة النفس لا يمكن للشرع أن يرتب عليها أى أثر . ويصدق هذا في العقد ، حيث لا يقوم إذا ظلت الإرادتان في حالة داخلية محضة ، وفي كل تصرف آحادى يستبد به صاحبه كالطلاق والرجعة والنذر والعتاق والإبلاء ...

٤١ - ويعتبر الظهور حاصلًا عندما ينفصل شيء عن صاحب التعبير ، ويكتسب حياة مستقلة . وإذا ما اكتسب التعبير حياة مستقلة بهذا الظهور ، انقذ أثره ، مهما كان مبلغ هذه الحياة من القصر^(١) .

« إن المراد بقوله — ما لم تسك — السكام النفسى إذ هو السكام الأسمى ، إن القول الحقيقى هو الوجود بالقاب الموافق للعلم » .

وقد بنى ابن العربى على ذلك إيقاع الطلاق بمجرد العزم وإن لم يتلفظ به صاحبه وحكاة عن رواية أشهب عن مالك في الطلاق والعتق والنذر . وقد صرح ابن العربى على أنه يكفى في هذه التصرفات عزم صاحب التعبير وقوله وجزمه في قلبه بكلامه النفسى . وإلى جانب هذا الدليل النقلى جاء ابن العربى بدليل آخر شرعى قال :

« ونصر ذلك بأن اللسان معبر عما في القلب . فإكان يملك الواحد كالنذر والطلاق والعتاق كفى فيه عزمه .

وما كان من التصرفات بين لائنين لم يكن بد من ظهور القول » .

وقد رد الخطابى على ابن العربى ذاهباً إلى أن النية الباطنية هى والعدم سواء بدليل :

١ — أنهم أجمعوا على أنه لو عزم [المظاهر] على الظهار لم يلزمه حتى يلغى به . قال وهو في

معنى الطلاق .

٢ — وكذلك لو حدث نفسه بالذف لم يكن قذفاً .

٣ — ولو حدث نفسه في الصلاة لم يكن عليه إعادة . وقد حرم الله الكلام في الصلاة ،

فلو كان حديث النفس في معنى الكلام ، لسكانت صلاته تبطل . وقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه : « إني لأجهز جيشي وأنا في الصلاة » .

راجع شرح العيني على البخارى ، ج ١٣ ، ص ٨٨ .

وجاء في مقال في العقود والشروط والخيارات للأستاذ أحمد ابراهيم المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ، ص ٦٤٨ : « ومن ذلك ما قاله ابن رشد فيمن عزل لمسكين معين شيئاً وبتله له بقول ، أو نية ، فلا يجوز له أن يصرفه إلى غيره ، وهو ضامن له إن فعل ، وسواء كان المال من عنده ، أو جعل له تفرقة اه ومعنى بتله أى جعله له من الآن . والمراد بالنية حديث النفس (انظر الخطاب وتهذيب الفروق) . وجاء في شرح الخطاب ، ج ٤ ، ص ١٠١ ، ص ١٧ « إن الرجعة تصح بمجرد النية » .

(١) المحيط البرهاني ج ٩ ، ص ٩٣ ، ص ٧ : « قال المشتري : اشتريت منك هذا العبد .

فقال البائع : بعت . فقال المشتري : لا أريده . فليس له ذلك ، لأن الشراء قد تم بينهما قبل قول المشتري : لا أريده » .

وليس لصاحب التعبير من سبيل على آثار التعبير التي ولدها إفصاحه عنه^(١) .
 وإذا كان له في بعض الأحيان أن يرجع عن تصرفه ، فليس لهذا الرجوع من أثر
 مستند يمس آثار التعبير السابقة لهذا الرجوع ، وإنما يقتصر أثره على إعدام الآثار
 اللاحقة له . وتمذر إسناد الرجوع يجد سنداً له في القاعدة الفقهية القائلة : « من
 سمي في نقض ما تم من جهة فسمية مردود عليه » .

أقوال المذاهب في ضرورة الإظهار

المذهب الحنفى :

جاء في الفتاوى الهندية : « وفي اليتيمة سئل الحسن بن علي عن رجل ساوم وكيل
 البائع السلعة باثنين وعشرين ديناراً ، وأبى الوكيل إلا بخمسة وعشرين . فقال
 المشتري : « أترك لى هذه الثلاثة الدنانير » ورضى بذلك من غير أن يوجد منه قول ،
 وهناك شهود على أنه رضى . فطابت نفسه بذلك ، هل يكون ذلك بيعاً ؟ — فقال :
 هذا القدر ليس ببيع إلا أن يوجد الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الفعل ،
 كذا في التارخانية^(٢) » .

وجاء في المبسوط : « إن ما يكون بالقلب فهو نية ، والنية بدون عمل ...
 لا ينمقد أصل العقد بها » . « وإن اختار ردها أو الإجازة بقلبه كان باطلاً أيهما كان
 صاحب الخيار ، لأن ما يكون بالقلب فهو نية ، والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ
 ولا الإجازة ، كما لا ينمقد أصل العقد بها^(٣) » .

(١) الموافقات للشاطي ، ج ١ ، ص ٢١٤ — ص ٢١٥ : « إن متعاطى السبب إذا أتى به
 بكمال شروطه وانتفاء موانعه ، ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالا ، وتكلف رفع ما ليس له
 رفعه ، ومنع ما لم يجعل له منعه . فن عقد نكاحاً على ما وضع له في الشرع ، أو بيعاً أو شيئاً من
 العقود ، ثم قصد أن لا يستتبع بذلك العقد ما عقد عليه ، فقد وقع قصده عبثاً ، ووقع المسبب
 الذى أوقع سببه ، وكذلك إذا أوقع طلاقاً أو عتقاً قاصداً به مقتضاه في الشرع ، ثم قصد أن
 لا يكون مقتضى ذلك ، فهو قصد باطل ... وأيضاً فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها
 كما تقدم فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع وكل قصد ناقض قصد الشارع باطل ،
 فهذا القصد باطل ... كما إذا قصد الوطء وكره خلق الولد ، أو اختار وضع البذر في الأرض
 وكره نباته ، أو روى بسهم صوبه على رجل ثم كره أن يصيبه وما أشبه ذلك » .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٦ ، ص ٨ .

(٣) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٦ ، ص ١٢ .

وجاء في البدائع : « وأما ركن الإيلاء فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجماع في الفرج مؤكداً باليمين بالله تعالى أو بصفاته أو باليمين بالشرط والجزاء . حتى لو امتنع عن جماعها أو هجرها سنة أو أكثر من ذلك لم يكن مولياً ما لم يأت بلفظ يدل عليه ، لأن الإيلاء يمين . . . واليمين تصرف قولي فلا بد من القول ^(١) » .

وجاء في الفتاوى الخانية : « رجل سب دابته . فأخذها غيره وأصلحها . قال الناطقي رحمه الله تعالى : إن كان المالك قال عند التسييب : جعلتها لمن يرغب فيها ، لم يكن لصاحبها أن يأخذها ، لأنه أباح التملك . وإن لم يكن قال ذلك ، كان له أن يستردها ؛ لأنه لم يبيع التملك . وكذا الرجل ، إذا أرسل صيده ، فهو بمنزلة الدابة التي سبها ^(٢) » .

وقال ابن عابدين : « إن البيع لا ينعقد بالنية ^(٣) »

وجاء في فتح القدير : « أما لو قال لامرأته : أنت طالق إن شاء زيد » فهو تمليك منه معتبر في مجلس علمه . فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده . . . ويعتبر في ذلك كله إختيار فلان بلسانه ، لا مشيئته ورضاه بقلبه ، لأن المشيئة وأخواتها أمر باطن ، وله دليل ظاهر وهو العبارة ، فيقام مقامه ^(٤) » .

وجاء في الفتاوى الخانية أيضاً : « الولي إذا زوج الثيب فرضيت بقلبها ، ولم تظهر الرضا بلسانها ، كان لها أن ترد بعد ذلك ، ولا يعتبر الرضا بالقلب ، وإنما المعتبر في الثيب الرضا باللسان أو الفعل الذي يدل على الرضا ، نحو التمكن من الوطء ، وطلب المهر دون قبول الهدية ، وكذلك في حق الغلام ^(٥) » .

(١) بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٦١ ، س ٢٧ .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ، ص ٣٩١ . ويرى بعض الفقهاء الألمان أن ثمة بعض التصرفات القانونية تتكون من إادة خالصة دون حاجة إلى الإظهار كالتسييب ، والاستيلاء ، واكتساب الحيازة وتركها ، وانتخيس ، وتحديد الموطن . انظر في الرد على هذه الآراء دبرما ٣٠ وما بعدها ديموج ، ج ١ ، رقم ١٣ .

وقد رأينا في الفرع الذي نقلناه عن الفتاوى الخانية أن الفقهاء لم يقتصروا على واقعة التسييب الإفصاح عن الإرادة ، بل اشترطوا إظهارها عن طريق التعبير .

(٣) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ١٣ ، س ٢٦ .

(٤) فتح القدير ج ٣ ، ص ١٤٣ ، س ٣٦ .

(٥) الفتاوى الخانية ج ١ ص ٣٤٢ ، س ١٨ .

المذهب المالكي :

جاء في تهذيب الفروق : « ولو أنه اعترف بأنه وصى بانتقال الملك في الزمن الماضي من غير أن يكون صدر منه قول أو فعل لم يلزمه انتقال الملك ^(١) » .
وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي : « وإن طلق بالنية دون اللفظ لم ينفذ في المشهور وفاقاً لهم ^(٢) » .

وجاء في الشرح الكبير للدردير على هامش الدسوقي : « إذا النية فقط لا رجعة فيها ، وعليه فلو نوى ، ثم وطىء أو باشر بعد بُعْدٍ ، فليس برجعة ^(٣) » .
وجاء في شرح الدردير على الصاوي : « ادعى بعد العدة أنه كان راجعها بالنية ، فلا يحكم بالرجعة ، لحفاء النية ^(٤) » .

وجاء في شرح الخطاب : « ولا يلزم البيع بالنية ^(٥) » .

المذهب الشافعي :

جاء في الأم : « والنية لا تصنع شيئاً ^(٦) » .
وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي « والنية لا تعمل وحدها ^(٧) » .

المذهب الحنبلي :

جاء في فتاوى ابن تيمية : « إذا نوى أنه سيطلقها إذا حاضت ، فإن هذا لا يقع به طلاق باتفاق العلماء ^(٨) » .

وقال ابن القيم : « إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم . فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه . ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ . ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة قول أو فعل . ولا على مجرد الألفاظ ، مع العلم بأن المتكلم لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً ، بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم

(١) الفروق ، ج ٢ ، ص ١٧٧ . (٥) شرح الخطاب ، ج ٤ ، ص ٢٣٧ .

(٢) ابن جزي ، ص ٢٢٤ ، س ٥ . (٦) الأم ، ج ٤ ، ص ٤٢ .

(٣) الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٣٨٥ ، س ٣٢ . (٧) الأشباه والنظائر ، ص ٣٤٠ .

(٤) شرح الدردير ، ج ١ ، ص ٤١٦ ، س ٣٠ . (٨) فتاوى ابن تيمية ، ج ٤ ، ص ١٠٧ .

تعمل به أو تتكلم به . وتجاوز عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالة به ، إذا لم تكن مسيدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه . فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم .

هذه قاعدة شرعية وهى من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته . فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختيار . فلو ترتب عليها الأحكام لكان فى ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة ، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك ^(١) .

المبحث الثانى

الأساس الذى يقوم عليه الإظهار

٤٢ — إن الوقوف عند بحث ضرورة إظهار الإرادة كشرط لإنتاجها لحكمها الشرعى ليس — كما يبدو لأول وهلة — نافلة من القول ، أو تزيداً فى البحث يتعرض لأمر بدعى . وثمة دليلان يؤكدان لنا جدية هذا البحث :

(١) دعوى فريق من أتباع المذهب المالكي القائلة بعدم ضرورة الإظهار لمفعولية بعض التصرفات الأمر الذى تنتفى معه بداهة اشتراط الإظهار .

(٢) الشكوك التى تثيرها ، حول ضرورة الإظهار ، القاعدة الفقهاء القائلة : الأمور بمقاصدها .

إن هذه الشكوك وتلك الدعوى يفضيان فى حالة صحتهما إلى اعتبار الإظهار عنصراً غير مقوم فى التعبير . وإذا عرفنا أن رأى السائد فى الفقه الإسلامى يذهب إلى ضرورة الإظهار ، وجب علينا أن نبين الأساس الذى تقوم عليه هذه الضرورة

٤٣ — ويمكننا أن نجد على ضوء النصوص الفقهية والأصولية تفسيرات ثلاثة لضرورة إظهار التعبير فى الفقه الإسلامى .

التفسير الأول ، إثباتى : يذهب إلى أن الإظهار عنصر إثبات .

التفسير الثانى ، اجتماعى : يذهب إلى أن الإظهار عنصر تمليه للعلائق بين الأدميين .

التفسير الثالث ، أصولى : يذهب إلى أن إنفاطحة الحكم بالعملة يقتضى ظهور التعبير .

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٩٢ — ص ٩٣ .

الفرع الأول

التفسير الأول : الإظهار عنصر إثبات

٤٤ - يذهب هذا التفسير إلى أن الإظهار دليل إثبات ، وهو ليس سوى وسيلة للكشف عن الإرادة الباطنة ، التي يتمذر الوصول إليها عن غير طريق الإفصاح لحفائها ، وعدم إمكان الإطلاع عليها . وتعمد إثباتها .

وقد صرح الدردير بربط ضرورة إظهار التعبير وعدم إنتاج الإرادة الباطنة لأثرها بإمكان الإثبات . قال :

« إدعى بعد العدة أنه كان راجعاً بالنية فلا يحكم بالرجمة ، لحفاء النية ، فلا يمكن إثباتها ، ولا يصدق في دعواه ^(١) . »

٤٥ - ونسأل هنا عن دور كل من الإرادة والتعبير في نظر هذا التفسير فهل هما على قدم المساواة أم أن لأحدهما رجحانا على الآخر ؟ ونجيب على ذلك بأن الحل الثانى هو الذى يتفق مع اعتبار الإفصاح دليلا على الإرادة . إن الإفصاح في نظر هذا التفسير يحظى بدور متواضع . أما الإرادة الداخلية فهي التى تحظى بالدور الرئيسى إن للإرادة الداخلية الصدارة لأنها هى المدلول . أما التعبير فهو ليس سوى دليل يشير إليها . إن التعبير هو ظرف خارجى يتضمن الإرادة الداخلية ذات الحول والطول إنه لها الظل والخيال في عالم الناس .

٤٦ - انظر أصره على هذا التفسير : إن هذا التفسير قاصر وغير كاف ، ولنا على ذلك دليلان :

(١) ثمة حوادث نفسية يمكن إثباتها رغم خفائها ، لحسن النية وسونها . فإثبات الحادث النفسى إذن قد يتم من غير إظهاره .

(١) شرح الدردير على الصاوى ، ج ١ ، ص ٤١٦ ، س ٣ .

(٢) لو كان الإظهار دليل إثبات لاستطاعت طرق الإثبات الأخرى كاليمين والإقرار أن تحمل محله ، وسنرى أن هذه الطرق هي عاجزة عن أن تكون بديلاً للإظهار .

٤٧ — الدليل الأول : ونأتى لهذا الدليل بمثالين (أ) أحدها من اللقطة . (ب) والثانى من الوكالة . (أ) واقعة اللقطة . إن هذه الواقعة تخفى وراءها إحدى إرادتين متباينتين . فالملتقط لشيء عثر عليه ، قد ينوى الاحتفاظ بهذا الشيء . ويكون عند ذلك غاصبا ، وتغذو يده على الشيء يد ضمان ، وقد ينوى الاحتفاظ بهذا الشيء ويكون عند ذلك وديعا . وتكون يده على الشيء يد أمانة .

ويرتب أبو حنيفة رحمه الله على واقعة الإلتقاط إلزام الملتقط بضمان . قيمة اللقطة حين هلاكها باعتباره غاصباً لها . وتكون الواقعة عنده فعلاً ضاراً تفترض فيه سوء نية الملتقط ، مادام لم يعان حسن نيته بالإشهاد .

أما إذا كانت هذه الواقعة مصحوبة بإشهاد الملتقط عن رغبته في الاحتفاظ بالشيء ورده على صاحبه ، كما لو قال « عندي لقطة فأى الناس أنشدتها فدلوه على » فعندها تزول قرينة سوء النية المفترضة بإثبات عكسها بالإشهاد .

أما صاحبان فلا يفترضان سوء نية الملتقط ، ويعطيان لهذا الأخير الحق بإثبات حسن نيته بيمين أو إشهاد لاحقين^(١)

ويستدل مما تقدم على أن حسن نية الملتقط وسوءها يمكن إثباته عن طريق الإشهاد أو اليمين .

(١) جاء في البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠١ ، س ١ : « وأما حال ما بعده [الأخذ] فلها بعد الأخذ حالان : في حال هي أمانة ، وفي حال هي مضمونة . أما حال الأمانة ، فهي أن يأخذها لصاحبها ، لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع . وأما حال الضمان ، فهي أن يأخذها لنفسه ؛ لأن المأخوذ لنفسه مفسوب . وهذا لا خلاف فيه . وإنما الخلاف في شيء آخر . وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف من جهة الضمان إما بالتصديق أو بالإشهاد عند أبي حنيفة . وعندهما بالتصديق أو باليمين ، حتى لو هلكت نجاء صاحبها ، وصدق في الأخذ له ، لا يجب عليه الضمان بالإجماع وإن لم يشهد ، لأن جهة الأمانة قد ثبتت بتصديقه . وإن كذبه في ذلك فكذا =

(ب) وكذلك سوء نية الوكيل يمكن الوصول إلى إثباتها عن طريق اليمين . فمن المعلوم أن الوكيل المكلف بتسليم دين الموكل إلى دائننه يعزل ضمناً بمجرد دفع الموكل دينه مباشرة إلى الدائن . فإذا علم الوكيل بهذا الدفع ، ودفع رغم ذلك الدين إلى دائن الموكل ، ضمن لسوء نيته . وليس له من سبيل إلى التخلص من الضمان إذا كان حسن النية ، إلا عن طريق حلف اليمين ، بأنه كان يجهل واقعة الدفع .

جاء في الفتاوى الهندية : « وإذا كان الوكيل عالماً بقبض الدائن الدين من الموكل ، فهو ضامن ، والقول قول الوكيل مع يمينه في أنه لم يكن عالماً ^(١) . »

٤٨ - الدليل الثاني : ومؤدى هذا الدليل ، أن الإظهار لو كان دليل إثبات لاسقطا عن طرق الإثبات الأخرى كالإقرار واليمين أن تحمل محله .

٤٩ - (١) الإقرار : ونعني بالإقرار هنا ، الإقرار الصادر من صاحب العلاقة بعد عدوله عن إرادته الباطنة ، التي جزم بها في داخله في وقت ما .

==عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد . ويكون القول قول الملتقط مع يمينه . وأما عند أبي حنيفة ، فإن أشهد فلا ضمان عليه ، لأنه بالإشهاد ظهر أن الأخذ كان لصاحبه ، فظهر أن يده يد أمانة ، وإن لم يشهد يجب عليه الضمان . ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان . لأنه أقر بالغصب والمغصوب مضى على الغاصب . وجه قولهما : أن الظاهر أنه أخذه لا لنفسه ؛ لأن الشرع إنما مكنه من الأخذ بهذه الجهة . فكان إقدامه على الأخذ ذليلاً على أنه أخذ بالوجه المشروع ، فكان الظاهر شاهداً له ، فكان القول قوله ، ولكن مع الحلف ، لأن القول قول الأمين مع الحلف . ولأبي حنيفة رحمه الله وجهان :

أحدهما : أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان في الأصل إلا أنه إذا كان الأخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه ، فيخرج أن يكون سبباً ، وذلك إنما يعرف بالإشهاد ، فإذا لم يشهد لم يعرف كون الأخذ لصاحبه فبقى الأخذ سبباً في حق وجوب الضمان على الأصل . والثاني أن الأصل أن عمل كل إنسان له لا لغيره . لقوله سبحانه وتعالى : (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى . »

وقوله تعالى : « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت » فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان ، لأنه غصب . وإنما يعرف الأخذ لصاحبه بالإشهاد ، فإذا لم يوجد ، تعين أن الأخذ لنفسه ، فيجب عليه الضمان .

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ، ص ٦٣٦ ، س ، ٣٠ .

فلو دخل رجل إلى محل تجارى وهو عازم على شراء شىء معين ، فإذا ما حال دون شراء هذا الشىء غياب صاحب المحل ؛ فليس لهذا الأخير إلزام ذاك الرجل بإرادته المضمرة السابقة التى أقربها لصاحب المحل عند لقائه وبعد رجوعه عنها .

ولو كان التعبير مجرد دليل للإثبات ، لاستطاع الإقرار فى مثالنا هذا ، أن يحل محله ، وعندها نصل إلى إثبات تلاقى الإرادتين ، مستغنيين فى ذلك عن ضرورة إظهار الإرادة التى أثبت الإقرار وجودها . وعندها أيضاً لا يؤثر فى هذه الإرادة التى تلاقى مع مثيلتها رجوع صاحبها عنها .

أما وأن أحداً من الفقهاء لم يقبل الإقرار بديلاً عن الإظهار ، فعنى هذا أن للإظهار قيمة ذاتية خاصة لا يرقى الإقرار كدليل للإثبات إلى بلوغها .

وها هو القرافي ، يصرح بمعجز الإقرار عن الحلول محل الإظهار ، جاء فى تهذيب الفروق . « قاعدة : إن الوصف المعروف للحكم ، إن كان وصفه ظاهراً منضبطاً ، لم يعدل عنه إلى غيره . . وإن كان وصفاً خفياً أو غير منضبط ، أقيمت مظنته مقامه ، أما الخفى الذى لا يطلع عليه ، فكالمراعى فى انتقال الأملاك ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب من نفسه » . فإن الرضا لما كان أمراً خفياً ، جعلت الصيغ والأفعال فى بيع المعاوضة قائمة مقامه ، لأنه يظن عندها ، وألغى الرضا إذا انفرد عنها . حتى لو أنه اعترف بأنه رضى بانتقال الملك فى الزمن الماضى ، من غير أن يكون صدر منه قول أو فعل ، لم يلزمه انتقال الملك . » (١)

إن رفض القرافي للإقرار ، كدليل ظاهر لأعمال الإرادة الباطنة ، يدل بوضوح على أن الأساس الذى بنيت عليه ضرورة الإظهار ليس هو خفاء الإرادة - وعدم إمكان الاطلاع عليها - أو تعذر إثباتها ، كما يشير إلى ذلك التفسير الأول لضرورة الإظهار . ذلك أن الإقرار هنا قد استطاع أن يحل محل هذه الإرادة الخفية ، وأن يحيطنا علماً بها ، ومع ذلك فقد ظلت هذه الإرادة الباطنة عاجزة عن توليد الآثار الشرعية . فلماذا يعمل الإظهار الإرادة المصاحبة له فتعدهو به منتجة لآثارها الشرعية ، ويمعز الإقرار عن

بلوغ هذه الغاية . لو كان كل من الإقرار والإظهار من نوع واحد ، أى لو كان كل منهما دليلاً للإثبات ، لما اختلفت النتائج التى ينتهيان إليها . أما وإننا أعملنا الإظهار وأهملنا الإقرار ، فذلك يدل كما سنرى على أن للإظهار قيمة خاصة ذاتية ، ومهمة أسمى من أن تكون مجرد دليل للإثبات .

٥٠ - (ب) اليمين : واليمين كالإقرار ، لا يعترف بها القضاء كوسيلة لإثبات الإرادة الباطنة ، إذا لم يرافقها إفصاح عنها .

وكما أن اليمين تعجز عن إثبات الإرادة عند تخلف الإفصاح عنها ، فهى أيضاً عاجزة عن نفي الإرادة عند وجود إفصاح صريح عنها .

جاء فى شرح الدردير ، قال : « وينعقد البيع بـ [لفظ الماضى] إتفاقا ولا تقبل دعوى من أتى بصيغة الماضى أنه لم يرد البيع أو الشراء ولو حلف ^(١) . »

على أن اليمين ، إذا عجزت عن إثبات الإرادة عند تخلف الإظهار ، وإذا عجزت أيضاً عن نفي الإرادة عند وجود إفصاح صريح عنها ؛ فهى قد تكون عنصراً مساعداً على ضبط الإرادة عند ظهور التعبير ظهوراً غير منضبط ، كما هو الحال فى السكناية ، حيث يحتمل التعبير معانى متعددة ، تقوم اليمين بتحديد أحد محتملاتها كما سنرى .

٥١ - نتهى مما تقدم إلى أن الإظهار ليس مجرد دليل للإثبات ، ، فكما أن جسم الانسان ليس مجرد دليل على وجوده ، بل هو جزء من شخصه ؛ فكذلك الإظهار بالنسبة للإرادة ، فهو منها بمثابة الجسم ، وهو يتمتع بقيمة خاصة ، لا تنحط إلى كونه مجرد دليل لإثبات الإرادة ؛ لأنه لو كان كذلك ، لأمكن الاستعاضة عنه بدليل آخر .

ويؤيد ذلك ما يقرره علماء النفس اليوم من أن الإظهار ليس مجرد دليل على الحالة النفسية الداخلية . إن الدموع والإبتسام ليست مجرد أمارات على الحالة النفسية ، بل هى عناصر مقومة لها . ويقول وليام جيمس فى هذا الصدد : « إننا حزانى لأننا نبكى ، وغضب

(١) شرح الصاوى على الدردير ، ج ٢ ، ص ٣ ، س ٢٨

لأننا نضرب ، ومذعورون لأننا نرتجف ، لا كما قيل إننا نبكي لأننا حزاني ، ونضرب لأننا غضاب ، ونرتجف لأننا مذعورون^(١) .

فالتعبير هو عنصر مقوم ، وهو جزء جوهرى لا ينقسم عن مجموع الظاروف التى يتألف منها التصرف القانونى . فهو ليس « إعلاناً عن تصرف موجود » ، وليس هو طريقة للشهر ؛ بل هو ذو قيمة خاصة ، سنستشفها خلال النصوص الفقهية التى عثرنا عليها فى كتب الفقه والأصول ، والتى ستكشف عن الدور الإنشائى الخلاق للتعبير فى الفقه الإسلامى .

على أن النظام التشريعى الإسلامى ، إذا اشترط إظهار الإرادة فليس معنى ذلك أنه نظام شكلى ؛ ذلك أن الشكلية معناها فرض شكل معين ، والفقه الإسلامى عند ما يشترط الإظهار ، لا يشترط شكلاً معيناً بل إن أى طريق من طرق التعبير يصلح للإفصاح عن الرضا ، على أنه لا مفر من وجود طريق لهذا الإفصاح ، وهذا الطريق الخارجى نفسه هو أدنى حد يمكن أن نتصوره لما يمكن أن يسمى شكلاً .

الفرع الثانى

التفسير الثانى

الإظهار عنصر تمليه الملائق الشرعية بين الآدميين

٥٢ — إن الأساس المقبول لضرورة الإظهار هو إنسانية كل من صاحب التعبير والموجه إليه التعبير ، إن هذه الإنسانية تقتضى أن يتبادل الأشخاص الأفكار بأقوال أو أفعال ، لا بمجرد قصد باطنى لا يدركه إلا غلام الغيوب . ونحن إذا رجعنا إلى مبادئ الشريعة نجد إيضاحاً لهذا الأساس فى قصر الحديث القائل : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » على العبادات . ونجده ثانياً فى تقسيم الأحكام الشرعية إلى حكم ديانى يترتب على النوايا ، ويدخل فى مجال صلة الإنسان بربه . وحكم قضائى يترتب على الظاهر ، ويدخل فى مجال صلة الإنسان بالمجتمع . وعلى هذا قد يكون تصرف معين ذا أثرين متعارضين : الحل

(١) دروس الفلسفة ، المجلد الاول ، علم النفس ، جميل صليبا ، ص ٢٢٨ .

في نظر الديانة ، والحرمة في نظر القضاء ، أو المكس . فالتصرف الأحادي المشوب
بغلط في التعبير ، كزلة اللسان في الطلاق مثلاً ، يفضى إلى تحريم وطء المرأة قضاء ،
وحل وطئها ديانة . والحكم القضائي الذي يستند إلى شهادة زور في زواج رجل من
امرأة ، يفضى إلى حل المرأة قضاء ، ونحرهما ديانة .
وإليك أمثلة من الأشباه والنظائر للسيوطي تشير إلى إهمال الشريعة للألفاظ
في إطار العبادات ، والإحتفال بها في إطار المعاملات .

« لو اختلفت اللسان والقلب ، فالعبرة بما في القلب ، فلو نوى بقلبه الوضوء
وبلسانه التبرد ، صح الوضوء ، أو عكسه ، فلا . وكذا لو نوى بقلبه الظهور وبلسانه
العصر ، أو بقلبه الحج وبلسانه العمرة ، أو عكسه صح له ما في القلب .
ومنها إن سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد فلا تنعقد ، ولا يتعلق به كفارة ،
أو قصد الحلف على شيء فسبق لسانه إلى غيره ، هذا في الحلف بالله .
فلو جرى مثل ذلك في الإيلاء أو الطلاق أو العتاق ، لم يتعلق به شيء باطناً ،
وبدين ، ولا يقبل في الظاهر ، لتعلق حق الغير به ^(١) » .
إن وجود الإنسان في المجتمع لا يعلل عليه ضرورة إظهار تعابيره فحسب ، بل هو
الذي يكيّف هذه التعابير :

(١) ففي تعريف الصريح مثلاً ، يقول الكاساني : هو إسم لما هو ظاهر المعنى
مكشوف المراد عند السامع . ومعنى ذلك أن فهم السامع للتعبير هو الذي يبين صلوحه
وفماليته لا إرادة اللفظ .

(٢) وفي التعبير الكناية ، لا تظهر الإرادة للعالم الخارجي بصورة قاطعة ،
ولذا فنحن لا نعقد بها ، لعدم انكشاف المراد من التعبير عند السامع . ولا بد من
بيان آخر من الالفاظ يكشف به عن مراده ، ويوضح به قصده للمعني إليه التعبير .
(٣) ويؤيد ذلك أخيراً دور العرف في تحديد معنى التعبير . فلا يكفي أن يدمع
إنسان تعبيراً ، لكي يقر المجتمع وجوده ويعترف بآثاره ، بل لا بد من اعتراف المجتمع
بهذا التعبير .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٩ .

الفرع الثالث

التفسير الثالث : التفسير الأصولي .

٥٣ - تمهيد : لما كان التعبير عن الإرادة علة لآثار شرعية ، كان من المفيد لنا ، أن نرجع إلى بحوث العلة في أصول الفقه لتبين خصائص هذه العلة ، وآلية توليدها للحكم وعيز الأصوليون في هذه البحوث تمييزاً جوهرياً بين الحكمة والمظنة .

وسنشرح فيما يلي هذا التمييز ، ليتسنى لنا على ضوئه فهم التفسير الأصولي لضرورة الإظهار .

٥٤ - الحكم أو المنة : يطلق لفظ الحكمة أو المنة على أمرين :

الأمر الأول : وهو الذي إذا نظر إليه في ذاته يحال أنه علة وبعبارة أخرى ، الأمر الباطن الذي لأجله جعل الوصف الظاهر علة ، ففي البيع يقولون مثلاً : الحكمة ، التي هي العلة على الحقيقة ، هي الرضا . وفي القتل العمد ، يقولون إن العمدية هي الحكمة . وهي العلة الحقيقية .

ويلاحظ أن كلا من الرضا في البيع والعمدية في القتل أمر نفسي ذاتي خفي يستعصى على الإطلاع .

الأمر الثاني : فهو الباعث على تشريع الحكم والغاية المقصودة منه ، وهي المصلحة التي قصد الشارع بتشريع الحكم تحقيقها أو تكميلها ، أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو توقيفها .

فحكمة تشريع البيع ، هي دفع الخرج عن الناس لسد حاجاتهم ، وفسح المجال لهم لإرواء ميولهم . وحكمة تشريع القصاص ، هي حفظ حياة الناس ، وصيانة الدماء عن الإهدار .

ويلاحظ أن كلا من جلب المنفعة في البيع ، ودفع المفسدة في القصاص : أمر خفي تقديري غير منضبط .

هذا وإذا عرفنا أنه إذا كان الشأن في الحكمة بإطلاقها السابقين الخفاء وعدم الإنضباط . فهل تصلح هذه الحكمة معرفة للحكم ؟ وإذا كان الجواب بالنفي فما الذى يصلح له ؟ إن الجواب على ذلك ، نجده في الوجه الثانى للملة وهو : المِظَنَّة .

٥٥ — المِظَنَّة : وهى الوجه الهام من وجهى الملة ؛ وعليها وحدها تقع مهمة تعريف الحكم . ولئن شبهنا الملة بقطعة النقود ، كان الوجه الخفى من هذه القطعة الذى لا يبدو لناظرينا هو الحكمة ؛ وكان الوجه الآخر الظاهر والمُظْهِر لقيمة القطعة المالية هو المِظَنَّة .

وشأن هذا الوجه الأخير في تعريف الأفراد بقيمة النقد المالية هو كشأن المِظَنَّة في تعريف الحكم الذى تولده الملة . فلا عجب إذن إذا طغى هذا الجانب من الملة على الملة بمجموعها . ولا عجب أيضاً إذا أطلقنا تسمية الملة على المِظَنَّة ، ما دامت هذه المِظَنَّة هى الجانب المنتج منها .

وتكون الملة عندها ، هى الوصف الظاهر الذى بنى الحكم عليه ، وربط به وجوداً وعدماً ، لأن الشأن فى بنائه عليه وربطه به ، أن يحقق الحكمة التى شرع الحكم من أجلها . ومن التدقيق فى هذا التعريف ، يبين لنا صفات للمِظَنَّة مقابلة لصفات الحكمة . فالحكمة هى فى أغلب الأحوال دائية ، بينما تكون المِظَنَّة دوماً موضوعية . والأولى خفية غير منضبطة ، بينما تكون الثانية ظاهرة ومنضبطة . وهذا الظهور والإنضباط فى المِظَنَّة قينان بإسماف الملة فى أداء مهمتها فى تعريف الحكم ، الذى وجدت الملة لإيجابه .

وبيان ذلك ، أن هذا الظهور يتيح تعريف الحكم ؛ لأن الظاهر معرف والمعرف يصلح أداة لتعريف غير المعروف ؛ أما الحكمة فهى لا تتيح تعريف الحكم ، لأنها نكرة .

فى عقد البيع مثلاً أن الملة التى تعرف الحكم هى صيغة عقد البيع الظاهرة أما الحكمة فى إطلاقها (التراضى وسد الحاجة) فهى عاجزة عن هذا التعريف لخفاها .

٥٦ - هل الحكمة في عقد البيع هي سد الحاجة أم التراضي : اضطربت

كتب الأصول في مفهومها عن الحكمة في عقد البيع ، فتارة نجد بعض الكتب تشير إلى أن الحكمة هي « دفع الحاجة » ، وطوراً نجد هذه الكتب نفسها تشير إلى أن حكمة البيع هي « التراضي » ، وحينما تشير إلى أن الحكمة هي كل من « دفع الحاجة والتراضي » .

٥٧ - (١) فقد علل أستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف انتقال الملك في البيع : تارة بالإطلاق الأول للحكمة وهو التراضي . وطوراً بالإطلاق الثاني للحكمة وهو المصلحة ، وحيناً بالإطلاقين .

(١) جاء في كتابه « مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه » ص ٥١ : « ولا يثبت الملك في البدلين . . . لأنه مادام البيع بالإكراه انتفى أن تكون الصيغة مظنة التراضي ، وإذا انتفى كون الوصف مظنة للمثنية لم يصلح أن يكون علة » . ويلاحظ أن المؤلف قد اعتبر الحكمة هي التراضي .

(ب) وجاء في ص ٤٢ من نفس المرجع : « وحكمة نقل الملكية بمقود المعاوضات رفع الحرج وسد حاجات الناس وعلته صيغ المقود أي الإيجاب والقبول » ويلاحظ أن المؤلف قد اعتبر الحكمة هنا هي المصلحة .

(ح) وجاء في ص ٥٠ من نفس المرجع : « أما حيث تكون العلة محقة للحكمة ومفضية إلى المقصود منها قطعاً ، فلا خلاف في غليتها القيام مناسبتها قطعاً ، فصيغة البيع الصحيح النافذ التي هي مظنة لتراضي المتبايعين ولسد حاجتهما ، تقضي قطعاً إلى المقصود منه ، فتنقل الملكية في البدلين ، ويحل لكل منهما الانتفاع بما ملك سداً لحاجته (١) » .

ويلاحظ أن المؤلف هنا قد اعتبر الحكمة التراضي والمصلحة مجتمعين (٢) .

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه ، محاضرات ألقاها المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف في قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٥٥ .

(٢) ولقد استقرأنا هذا الموضوع في كتاب أصول الفقه للمؤلف نفسه فوجدنا فيه نفس الإشكال جاء في ص ٦٩ : « إن الحكمة في تشريع بعض الأحكام قد تكون أمر أخفياً غير ظاهر ، —

٥٨ - (٢) ونفس الأمر نجده في كتاب أصول الفقه للشيخ محمد الخضري ، فقد علل انتقال الملك في البيع تارة بالتراضي وطوراً بالمصلحة ، وحينئذ بالاثنتين :

(١) جاء في ص ٣٧٩ من كتابه المذكور : « ومما يشبه هذا الحكم ، ما قاله الحنفية من انعقاد بيع المكره ، فإن العلة الحقيقية في مبادلة الملكية هي رضا المتعاقدين وقد جعل العقد الصحيح مظنة له ، ووجود الإكراه دليل على انتفاء المثنة . ولكن الحنفية اعتبروا المظنة ، وجعلوا عقد المكره مفيداً للملك بالقبض كبقية البيوع الفاسدة ، والجمهور يقولون هذا البيع لا يصلح علة لتبادل الملك ، لفقدان العلة الحقيقية ، فلا تأثير له . والنتيجة من انتفاء ما جعلت العلة مظنة له ينجم مناسبتها ، فلا يجعلها صالحة للتعليل ، ولا لربط الحكم الشرعي بها ، لأنها لم تكن مناسبة إلا باعتبار كونها مظنة للمناسب الحقيقي ، فإذا انتفى كونها مظنة قطعاً في نوع من الأنواع ، انتفى كونها مناسبة . »

(ب) وجاء في ص ٣٨٠ « شرع البيع مفيداً لتبادل الملك بين البائع والمشتري لجلب مصلحة هي سد الحاجة » .

(ح) وجاء في ص ٣٧٠ : « شرعت المعاوضات لحكمة هي درء مفسدة الحاجة فجعل الرضا بالمبادلة علة لها . ولكن الرضا أمر خفي ، لا يمكن أن يحمل علامة للحكم

== أى لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة ، فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده ، ولا يمكن بناء الحكم عليه ولا ربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ، مثل لإباحة المعاوضات التي حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجتهم ، فلحاجة أمر خفي ، ولا يمكن معرفة أن المعاوضة حاجة أو لغير حاجة » .

وجاء في ص ٧٤ : « ولهذا لا يصح التعليل بأمر خفي لا يدرك بحاسة ظاهرة ، لأنه لا يمكن التحقق من وجوده وعدمه ... فلا يعمل نقل الملكية في البدلين بتراضي المتبايعين بل يعمل بمظنته الظاهرة وهي الإيجاب والقبول »

وجاء في ص ٧ : « وإباحة المعاوضات حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجتهم وهذه الحكمة أمر خفي فاعتبرت صيغة العقد منطاً للحكمة ، لأنها أمر ظاهر منضبط وفي جعلها منطاً مظنة لتحقيق الحكمة ، لأن الصيغة عنوان تراضي المتعاضدين بالمعاوضة والشأن في تراضيهما أن يكون عن حاجتهما إليها ، فحكمة نقل الملكية في البدلين بالبيع والإجارة سد الحاجة وعقلته صيغة عقد البيع أو الإجارة » .

وقول الماقدين « بعت » و « اشتريت » مظنة لحصول الرضا ، فجعل مناطاً للحكم وهو انتقال الملك في البديلين .

٥٩ - (٣) ونجد أخيراً هذا الإشكال ، في رسالة قيمة في « تعليل الأحكام » للشيخ مصطفى الشلبي ، ولقد تعرض المؤلف لهذا الإشكال تعرضاً عابراً وأدلى برأى مقتضب ، لا يتناسب اقتضابه وخطورة هذه المسألة :

جاء في الرسالة المشار إليها ص ١٣٧ : « على أن تمثيلهم للحكمة بمعنى الأمر الخفي يختلف بالنسبة إلى الأفعال : ففي البيع يقولون الحكمة التي هي العلة على الحقيقة هي « الرضا » الذي هو مظنة الحاجة . وفي القتل العمد يقولون : إن « العمدية » هي الحكمة . وهي العلة على الحقيقة . ولما كانت خفية نيط الحكم ، وهو وجوب القصاص ، بالوصف الظاهر ، وهو استمال الجراح . وهي كما ترى غير ما يترتب على الفعل من نفع أو ضرر ، وكان الظاهر أن يقال في البيع ، أن حكمته هي حاجة الناس إليه ، أو ما فيه من نفع . وفي القتل هي إهدار الدماء ، ووقوع النزاع بين الناس ؛ على نهج ما صرحوا به في الزنا من أن حكمته اختلاط الأنساب وفي السفر المشقة ، وعلى كل حال فالكلام هنا لا يخلو من إشكال » .

٦٠ - ويلاحظ أن صاحب الرسالة قد أدلى برأى غير مسوغ ، وأقر بوجود الإشكال دون أن يوجد حلاله . وكان مفروضاً فيه الوقوف عند هذا الإشكال ، ما دامت الرسالة تتناول بحث التعليل ، وما دام هذا الإشكال يدخل في صميم العلة ، ويتناول مجالا هاما هو مجال التعليل في التصرفات القانونية

فن الضروري إذن أن نعرف على الضبط ما هي الحكمة في العقود ؟ أهى الباعث على التشريع من مصلحة أو مفسدة ، أم الرضا ؟

للجواب على هذا السؤال ، لابد لنا من إيضاح معاني الحكم في الفقه الإسلامي . وعلى ضوء هذا الإيضاح يترتب علينا استقراء الكتب الفقهية لمعرفة موقف الفقهاء من ازدواج معنى الحكمة في الكتب الأصولية . وهل اعتدوا بالمفهومين أم اقتصرُوا

على مفهوم واحد؟ . وإذا اقتصر الفقهاء على مفهوم واحد فما هو مصير المفهوم الآخر للحكمة وما هو حكمها؟ فأمامنا إذن مسائل ثلاث للبحث:

(١) معاني الحكم

٦١ - (١) الحكم في اصطلاح الأصوليين : الحكم لدى الأصوليين ،

نوعان : تكليفي ، ووضعي

فالحكم التكليفي ، هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو تخيير بين فعل والكف عنه ^(١) .

وأما الحكم الوضعي ، فهو ما اقتضى وضع شيء سبباً لشيء ، أو شرطاً له ، أو ما نأمنه ^(٢) .

(١) و (٢) ونورد فيما يلي أمثلة على هذين النوعين من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ الصادر عام ١٩٥٣ .

١ - أمثلة عن النوع الأول :

(أ) ما يقصد به طلب فعل من المكلف : « تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعاً من السفر (م ٧٠) » .

(ب) ما يقصد به كف المكلف عن فعل : « ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها (م ٦٧) » .

(ج) وما يقصد به تخيير المكلف : « لكل من إلخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة (م ٣) » .

٢ - أمثلة عن النوع الثاني :

(أ) ما جعل سبباً وهو في مقدور المكلف : « ينقذ الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر (م ٥) » .

(ب) ما جعل سبباً وهو غير مقدور للمكلف : « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي (م ٦٦٠) » .

(ج) ما جعل شرطاً وهو في مقدور المكلف : « يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين ... (م ١٢) » .

(د) ما جعل شرطاً وهو ليس في مقدور المكلف : « ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد (م ١٦٤ ف ١) » .

(هـ) وما جعل مانعاً وهو في مقدور المكلف : « يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية والواجبة قتل الموصي له للموصى قصداً ... (م ٢٧٣) » .

(و) وما جعل مانعاً وهو في غير مقدور المكلف : « لا تنفذ الوصية للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكان الخير كامل الأهلية (م ٢٣٨ ف ٢) » .

٦٢ (ب) الحكم في اصطلاح الفقهاء : يستعمل الفقهاء « حكم العقد » في أحد الأمور الثلاثة الآتية :

٦٣ - (١) فهم تارة يقصدون به الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل كالوجوب والحرمة والإباحة . فقوله تعالى « أوفوا بالعقود » يقتضى وجوب الإيفاء بالعقود . فالنص نفسه هو الحكم في اصطلاح الأصوليين ، وجوب الإيفاء هو الحكم في اصطلاح الفقهاء .

ومن هذا القبيل قول الفقهاء أن حكم الزواج هو واجب أو سنة أو مكروه . وحكم البيع أنه مباح أو مكروه أو حرام ، إلى غير ذلك .

٦٤ - (٢) وتارة يقصدون به ما للعقد من أثر مترتب عليه شرعاً ، فيقولون حكم الزواج أنه يفيد ملك المئمة ، فيتمتع كل من الزوجين بصاحبه . وحكم البيع أنه يفيد المشتري ملك المبيع ، والبائع ملك الثمن . وحكم الحوالة أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه وهكذا . . .

٦٥ - (٣) وتارة يقصدون به ما يكون للعقد من وصف ، يرجع إلى ترتب آثاره عليه ، أو عدم ترتبها ، والتزام الماقدين به أو عدم التزامهما ، فيقولون إن حكم الزواج أنه باطل لا يترتب آثاره عليه . وحكم هذا البيع أنه موقوف على إجازة ممن له الشأن فيه ، فإن أجازته نفذ وترتبت عليه آثاره ، وإن رفضه بطل ، ولم يترتب عليه أثر . وحكم عقدا لوكالة أنه غير لازم ، لكل من طرفيه أن يستقل بفسخه . وحكم عقد الإجارة أنه لازم ، ليس لأحد طرفيه أن ينفرد بفسخه وهكذا^(١)

ويهمنا في هذا البحث الحكم في معنوية الأول والثاني .

(٢) الحكمة في إطلاقها الأول (الراضى) يقابلها الحكم في معناه الثاني (ثبوت الملكية) :

٦٦ - على أننا إذا رجعنا إلى كتب الفقه وجدنا الفقهاء يحفلون في عقد البيع

(١) أحكام المعاملات الشرعية ، للأستاذ الشيخ على الحقيف ، ص ٢١٠ .

بالحكمة في إطلاقها الأول أى ينظرون إليها على أنها « التراضى » وينظرون إلى الحكم على أنه « ثبوت ملكية الطرفين في البدين » .

فقد جاء في الروض النضير : « ولما كان البيع وغيره من المعاملات بين العباد أموراً مبنية على قمل قلبي وهو طيبة النفس ورضا القلب ، وكان ذلك أمراً خفياً ، أقام الشارع القول المبرر عما في النفس مقامه ، وناط به الأحكام ، على ما اعتيد من إقامة الأمور الظاهرة المنضبطة مقام الحكم الخفية في تعلق الأحكام بها^(١) » .

وجاء في البدائع : « أما البيع الصحيح الذى لا خيار فيه فله أحكام ... أما الحكم الأصلى ... فهو ثبوت الملك للمشتري فى المبيع ، وللبائع الثمن لاجال^(٢) » .
وجاء فى ابن عابدين : « وحكما [الإجارة] وقوع الملك فى البدين ساعة فساعة^(٣) » .

وجاء فى الفروق للقرافى : « إن الوصف المعروف للحكم إن كان وصفاً ظاهراً منضبطاً لم يعدل عنه إلى غيره ... وإن كان وصفاً خفياً ، أو غير منضبط ، أقيمت مظنته مقامه أما الخفى الذى لا يطلع عليه ، فكالمضى فى انتقال الأموال لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » ، فإن الرضا لما كان أمراً خفياً جمعت الصيغ والأفعال فى بيع الماطاة قائمة مقامه ، لأنه يظن عندها ، وألغى الرضا إذا انفرد عنها^(٤) » .

(٣) الحكمة فى إطلاقها الثانى (سد الحاجة) يقابها الحكم فى معناه الأول (الإباحة) :

٦٧ — فإذا ما نظر إلى الحكمة فى عقد البيع فى إطلاقها الأول أى « التراضى » كان حكمها هو الحكم فى المعنى الثانى السابق أى ثبوت ملكية البائع فى الثمن ، وثبوت ملكية المشتري فى المبيع .

(٣) الدر المختار ، ج ٦ ، ص ٣ .
(٤) الفروق للقرافى ، ج ٢ ، ص ١٧٧ .

(١) الروض النضير ، ج ٣ ، ص ٢٠٥ .
(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٣ .

وإذا ما نظر إلى الحكمة في إطلاقها الثانى ، أى « دفع الحرج وسد حاجات الناس » كان حكمها هو الحكم فى المعنى الأول أى إباحة المعامضة .

وعلى هذه النتيجة الأخيرة التى انتهينا إليها ، فى استقراءنا للكتب الفقهية ، سنستند فى مفهومى « الحكمة » و « الحكم » ، اللذين سنشير إليهما فى التفسير الأصولى لضرورة الإظهار .

٦٨ — التفسير الأصولى : إذا رجعنا إلى نصوص الأصوليين فى بحث شروط العلة ، نراها تجمع على ضرورة إظهار الإرادة ، لى تكون علة تنجج أثراً . وهم يعززون ضرورة الإظهار إلى خفاء الحكمة (الإرادة الباطنة) ، وعدم إمكان الإطلاع عليها ، وطوراً إلى خفاء الأثر المترتب عليها .

٦٩ -- خفاء الحكمة واضطرابها : قال ابن الحاجب : « ومن شروط العلة أن تكون وصفاً ضابطاً لحكمه ، لا حكمة مجردة ، لخفائها أو لعدم انضباطها^(١) » .

وقال المضد : « فلو وجدت حكمة مجردة ، وكانت ظاهرة بنفسها منضبطة ، بحيث يمكن اعتبارها ومعرفتها ، جاز اعتبارها وربط الحكم بها على الأصح ، لأننا نعلم أنها المقصودة تظماً للشارع ، واعتبر الظنة لأجلها ، لمانع خفائها واضطرابها^(٢) » .

٧٠ — (ب) خفاء الأثر : ويضيف المضد فى موضع آخر من شرحه ، إلى عاملى الخفاء والاضطراب فى عدم اعتبار الإرادة الباطنة عاملاً آخر يتصل لا بخفاء الإرادة نفسها ، بل بخفاء الأثر المتولد عنها . وخفاء هذا الأثر لا يحتاج إلى تدليل ؛ ذلك أن الأثر هو تغيير فى الملائق الشرعية ، وهو فى عقد البيع مثلاً تحول شرعى اعتبارى ينقل المعقود عليه من حال إلى حال . وهذا التحول أمر مجرد لا يدرك بالחס .

ويرى المضد أن الإرادة ، وهى علة ، هدفها تعريف الحكم . فقد جاء على لسان الأصوليين فى تعريف العلة : إنها المرفء للحكم . وإذا كانت مهمة العلة كذلك ، كان لابد أن تكون هذه العلة ظاهرة ، لأن الحكم خفى ، وليس فى مقدور الخفى أن يعرف الخفى ، بل فى مقدور الظاهر أن يعرفه .

(١) ابن الحاجب ، ج ٢ ، شروط العلة . (٢) الشرح العضدى ، ج ٢ ، ص ٢١٣ .

وعلى مهمة العلة التعريفية هذه ، تبني ضرورة الإظهار ، وبناء على هذا إن الإرادة الباطنة ليست بمستقيمة وحدها أن تعرف الأثر ، لأن كلا من الإرادة والأثر خفيان ، أما التعبير ، فهو في مقدوره تعريف الأثر ، لأنه ظاهر ، وفي وسع الظاهر أن يشير إلى الخفي .

قال المضد : « فإن كان الوصف الذي يحصل من ترتب الحكم عليه المقصود خفياً أو غير منضبط ، لم يعتبر ؛ لأنه لا يعلم ، فكيف يعلم به الحكم فالطريق أن يعتبر وصف ظاهر منضبط يلزم ذلك الوصف ، فيوجد بوجوده ويعدم بعدمه ، سواء كانت الملازمة عقلية أم لا . فيجمل معرفاً للحكم ، كالمشقة والسفر والقتل العمد العدوان . فإنه مناسب لشرعية القصاص ، لكن وصف العمدية أمر خفي ، لأن القصد وعدمه أمر نفسى لا يدرك شئ منه ، فنيط القصاص بما يلزم العمدية ، من أفعال مخصوصة ، نقضى في العرف عليها بكونها عمداً كاستعمال الجراح في القتل ^(١) . »

وبلغت السعد أيضاً إلى المهمة التعريفية لليلة فيبنى عليها ضرورة الأظهار .

قال في حواشيه : « إن العلة لا بد أن تكون معرفاً للحكم ، وما يصلح أن يكون معرفاً لا بد أن يكون ظاهراً منضبطاً ؛ فالوصف الذي يلزم من ترتب الحكم عليه المقصود ، إن كان ظاهراً منضبطاً ، اعتبر علة ، وإلا لم يعتبر ، بل اعتبر وصف ظاهر منضبط يلزم ذلك الوصف ملازمة عقلية أو عرفية أو عادية ، بمعنى أن ذلك الوصف يوجد بوجود الوصف الظاهر المنضبط ويعدم بعدمه . . . إن الحكمة إن كانت ظاهرة منضبطة ، فالعلة نفسها ، وإلا فلازمها ويعبر عنه بالظنة ، وذلك لأنه يصدق على الحكمة الظاهرة المنضبطة أنها وصف ظاهر منضبط يحصل من ترتب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصوداً للعقلاء ، وهي الحكمة نفسها ^(٢) . »

٧٧ — ويلاحظ أن التفسير الأصولى يفضى ، وعلى غرار التفسير الأول ، إلى إعطاء الإرادة دوراً راجحاً ، وإعطاء التعبير دوراً مرجوحاً ؛ ونستعرض فيما يلي

(١) الشرح المضدى ، ج ٢ ، ص ٢٣٩ .

(٢) نقل عن تعطيل الأحكام ، للأستاذ مصطفى الشاى ، ص ١٣٢ .

نصوصاً أصولية أخرى تقرر هذا الرجحان ، وتعتبر العلة الحقيقية المثبتة دون المظنة .
فن الأصوليين من اعتبر الأولى متبوعة والثانية تابعاً ، جاء في شرح المضد :
« إن الحكمة هي المعتبرة قطعاً ، والوصف معتبر تبعاً لها ^(١) » .

ومنهم من اعتبر المظنة مجرد ملازم للحكمة ، جاء في حاشية السعد : « إن الحكمة
إن كانت ظاهرة منضبطة فالعلة نفسها ، وإلا فلازمها ويعبر عنه بالمظنة ^(٢) » .

وأشار ابن الهمام في تحريره إلى أصالة الحكمة واعتبارية المظنة ، قال : « العلة
الحقيقية للحكم هي الأمر الخفي المسمى حكمة ، وإن اوصف الظاهر مظنة العلة لانفس
العلة ، لكنهم اصطالحوا على إطلاق العلة عليه ^(٣) » .

جاء في أصول الفقه للخضري « إن العلة الحقيقية في مبادلة الملكية هي رضا
المتماقدين وقد جمل العقد الصحيح مظنة له ^(٤) » .

وأشار القرافي إلى أهمية الحكمة في مختصر التنقيح ، قال : « والحكمة هي التي
لأجلها صار الوصف علة ^(٥) » .

٧٢ — تقدير التفسير الأصولي : ويلاحظ أن هذه النصوص السابقة جميعها ، تتفق
على ثانوية دور التعبير عن الإرادة ، فحينما تصفه بأنه « تابع » وتارة تصفه بأنه
« ملازم » ، وطورا تصفه بأنه « علة اصطلاحية » ، والنتيجة الأولية التي نستخلصها
من هذا أن التعبير ليس بمنصر مقوم للإرادة بل هو ملازم لها وملازمته ، كما ذكر
السعد ، إما أن تكون عقلية أو عرفية أو عادية .

وتساءل هنا : هل سار الفقهاء على منطق نتائج هذا التفسير ، الذي أعطوه
للإظهار أم أنهم خرجوا عنه ؟

سنرى أن الفقهاء لم يلتزموا منطقهم هذا في الإظهار بل حادوا عنه وعكسوا

(١) شرح المضد ، ج ٢ ، ص ٢١٧ .

(٢) المراجع السابق ، ص ٢٣٩ .

(٣) تعليل الأحكام للشلبي ، ص ١٣٣ .

(٤) أصول الفقه للخضري ، بحث التعريف والموانع .

(٥) مختصر التنقيح ، ص ٣٧٩ .

الضوابط ، فاعتبروا المتبوع « تابِعاً » والعلّة الحقيقية « علّة اصطلاحية » وذهبوا إلى أن الرجوع إلى التابع والعلّة الإصطلاحية هو الأصل ، وأن الرجوع إلى المتبوع والعلّة الحقيقية هو الاستثناء !

وسيتضح لنا ذلك بوجه خاص إبان دراستنا لدور كل من الإرادة الظاهرة ودور الإرادة الباطنة في تكوين التصرف .

المبحث الثالث

إنشائية التعبير

٧٣ - إنتهينا مما سبق إلى أن الإظهار ضروري ، وأن لهذا الإظهار قيمة خاصة . ورأينا أيضاً أن التفسير الأول للإظهار يعتبر التعبير مجرد دليل إثباتي . وأن التفسير الأصولي يعطى التعبير دوراً متواضعاً .

وسنكشف هنا عن قيمة هذا الإظهار ، وعن مدى صحة ما انتهى إليه هذان التفسيران .

فهل حقاً يقتصر دور التعبير على الإخبار ؟ وهل حقاً إن دور التعبير ينحصر في كونه مجرد تابع أو ملازم ؟

الواقع أن التعبير يحظى بدور هام في التصرفات القانونية في الفقه الإسلامي . وهذا الدور الهام هو أثر من آثار النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي .

وسنرجع فيما يلي إلى النصوص الفقهية التي ستكشف لنا :

أولاً : عن الدور الإنشائي الذي يقوم به الإظهار .

ثانياً : أثر هذا الدور الإنشائي في توليد التعبير للحكم .

الفرع الأول

دور التعبير الإنشائي

٧٤ - ليست وظيفة التعبير هي مجرد الإخبار عن الإرادة الباطنة . وبإتقان علم

الكلام نقول إن صيغ العقود ليست مجرد خبر ، بل هي إنشاء أيضاً . وحده الخبر

لدى علماء الكلام ، هو ما يحتمل التصديق والتكذيب . أما الإنشاء فهو القول الذى يوجد به مدلوله فى نفس الأمر . ولما كانت القيمة الخاصة للتمبير هى فى هذه القدرة الإنشائية ، فسنستولى شرح مميزاتها فيما يلى بمقارنتها مع الخبر .

٧٥ — وقد عدد القرافى ،ميزات الإنشاء ، فى فروقه ، وحصرها فى أربع ، قال :
« يقع الفرق بين الخبر والإنشاء من أربعة وجوه :

الوجه الأول : أن الإنشاء سبب لمدلوله بخلاف الخبر .

الوجه الثانى : أن الإنشاءات يتبعها مدلولها ، فلا يقع الطلاق والملك إلا بعد صدور صيغة الطلاق والبيع ممن هو أهل . والأخبار تتبع مدلولاتها ، بمعنى أن الخبر تابع لتقرير خبره فى زمانه . . . لا بمعنى أنه تابع لخبره فى الوجود . .

الوجه الثالث : أن الإنشاء لا يلزمه الصدق والكذب لذاته وإن لزمه للضرورة . فلا يحسن أن يقال لمن قال لامرأته : « أنت طالق ثلاثاً » صدق ولا كذب إلا إذا أراد الإخبار عن طلاق امرأته ، بخلاف الخبر .

الوجه الرابع : أن الخبر يكفى فيه الوضع الأول فى جميع صورته . والإنشاء لا يقع إلا منقولاً عن أصل الوضع فى صيغ العقود والطلاق والعقاق ونحوها^(١) فقول الرجل لامرأته « أنت طالق ثلاثاً » لا يفيد طلاقها بالوضع الأول ؛ وإنما صار يفيد الطلاق بسبب النقل العرفى للإنشاء عن الإخبار عن طلاقها ثلاثاً ، كما يتفق فى بعض الأحوال إذا سألتها امرأته بعد الطلاق ، فيقول لها « أنت طالق ثلاثاً » إعلماً لها بتقديم الطلاق فلا يلزمه شيء . والقول بأنه يفيد كلا من الإخبار والإنشاء بطريق الاشتراك يضعفه رجحان المجاز على الاشتراك .

(١) وخالف الأحناف فى هذا ، وقالوا : إن صيغ العقود لإخبارات على أصل وضعها اللغوى . وقد أورد القرافى حججهم مع الرد عليها فى فروقه . وليس لهذا الخلاف الكلامى فيما نعتقد أثر عملى . ذلك أن فقهاء الأحناف يعترفون باتخاذ الشرع للأخبارات اللغوية كإنشاءات شرعية . جاء فى درر الحسكام ، ج ١ ، ص ٣٢٧ : « والشرع قد استعمل اللفظ الموضوع للأخبار عن الماضى لغة فى الإنشاء ليدل على التحقق والثبوت » ، وجاء فى التقرير والتحجير ، ج ٢ ص ٢٨٨ : « فهى [الصيغ] إنشاءات لفظها علة لإيجاد معناها » .

وقد يقع الإنشاء لإنشاء الطلب بالوضع اللغوى الأول كالأوامر والنواهي»^(١) .
ويهمنا من هذه الوجوه التى ذكرها القرافى . الوجه الأول ، الذى نص فيه
على سببية الإنشاء لدلوله . أو بعبارة أخرى سببية التعبير لآثاره . ولو كان التعبير
مجرد إخبار عن الإرادة الباطنة لما كان سبباً لهذه الآثار . بل كان السبب هو الإرادة
الداخلية ذاتها التى يخبر عنها .

٧٦ - ويشير ابن القيم إلى مهمة التعبير المزدوجة فيقول : « أن صيغ العقود . .
إما إخبارات عما فى النفس من المعانى التى تدل على العقود وإنشاءات لحصول العقود
فى الخارج . فلفظها موجب لمانها فى الخارج وهى إخبار عن ما فى النفس من تلك
المعانى . ولا بد فى صحتها من مطابقة خبرها لخبرها فإذا لم تكن تلك المعانى فى النفس
كانت خبراً كاذباً »^(٢) .

وجاء أيضاً : « إن صيغ العقود إخبارات عن ما فى النفس من المعانى التى هى أصل
العقود ومبدأ الحقيقة التى بها يصير اللفظ كلاماً معتبراً ، فإنها لا تصير كلاماً معتبراً
إلا إذا قرنت بمعانها فتصير إنشاء للعقود والتصرفات من حيث أنها هى التى أثبتت الحكم ،
وبها وجد . وإخبارات من حيث دلالتها على المعانى التى فى النفس .
فهى تشبه فى اللفظ أحبيت أو أبغضت ، وتشبه فى المعنى قم واقعد »^(٣) .

٧٧ - على أننا إذا قلنا أن الإنشاء سبب لدلوله ، فهذه السببية هى مجرد سببية
ظاهرة ، ذلك أن السببية الحقيقية مردها إلى الله تعالى ، فإنه تعالى وحده يمزى إنشاء
الأثر ، ولو شاركه صاحب التعبير فى هذا الإنشاء لآدى ذلك إلى الشركة فى الألوهية .
قال صاحب الكشف : « العلة هى عبارة عما يضاف إليه وجوب الحكم ابتداء
مثل البيع للملك ، والنكاح للحل . وما أشبه ذلك . لكن علل الشرع غير موجبة
بذواتها وإنما الموجب للأحكام هو الله عز وجل لكن إيجابه لما كان غيباً عنا نسب
الوجوب إلى الملل . فصارت موجبة فى حق العباد يجعل صاحب الشرع إياها كذلك
ولو جعلنا الملل موجبة بذواتها يؤدى الى الشركة فى الألوهية ، فإن الموجب فى الحقيقة
هو الله تعالى »^(٤) .

(١) الفروق للقرافى ، ج ١ ، ص ٢٤ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٠٥ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) كشف الأسرار للبرزوى ، ج ٤ ، ص ١٧١ .

الفرع الثاني أثر الإنشاء في توليد الحكم

٧٨ - إن أحرف التعبير في الفقه الإسلامي ذات قدرة خلاقة ، فإليها يعزى إحداث الأثر ، وتتوارى الإرادة عن أنظار الفقيه ، ويزهّد في الالتفات إليها ، عندما يبحث في سببية الأثر . إن تُكسّأته في هذا البحث ليست النوايا الخفية ، بل الكلمات الملفوظة ، وإن شأن الفقيه في هذا هو شأن العالم الذي يتفحص خلية حيوانية تحت مجهره ، إنه يحرص على تحليل هذا الكائن المادى الذى يجرّثه ، ولكنه يزهّد في بحث الحياة التى تهب الحس والحركة لهذا الكائن .

وإن أوضح دليل على اعتماد الفقهاء على هذا المظهر المادى في بيان علية الأثر نجده في دقّتهم في بيان الوقت الذى ينقّح فيه الأثر . فلقد أمسّهم الفقهاء في بيان هذا الوقت ، وذهبوا فيه مذهبين مختلفين :

- ١ - فمنهم من ذهب إلى أن الأثر الشرعى ينقّح مع المظهر المادى ، فتكون العلة مقارنة للمعلول .
- ٢ - ومنهم من ذهب إلى أن الأثر الشرعى ينقّح عقيب المظهر المادى ، فتكون العلة متأخرة عن المعلول .

٧٩ - (١) استند الأولون في مذهبهم إلى قياس العلة الشرعية على العلة العقلية . وتمسكوا في ذلك بأن الأصل اتفاق الشرع والعقل ، فكأن الاحتراق ، وهو معلول لعلّة عقلية ، وهى النار ، لا يوجد إلا حال وجود العلة ، فكذلك الأثر ، وهو معلول لعلّة شرعية ، وهى الصيغة ، لا يوجد إلا حال وجود الصيغة . هذا وقد برزت أمام الفقهاء عقبة في قياسهم هذا ، تلك هى تمذّر وجود الصيغة بمحملتها دفعة واحدة . فالصيغة ، وهى علة شرعية ، لا توجد دفعة واحدة ، بل تظهر متتابعة متدرجة . وإذا أمكن انقذاح النار طفرة مع علتها الفورية ، فكيف يتسنى للأثر الشرعى أن ينقّح طفرة مع علتها المتدرجة ؟

تغلب الفقهاء على هذه العقبة بإيجاد حيلة قدروا بموجبها انقذاح الأثر مع آخر

(• - التعبير عن الإرادة)

حرف من حروف الصيغة على اعتباره قائماً مقامها حكماً . واستندوا في ذلك إلى حجة كلامية مآلها : « إن وجود آخر حرف هو الوجود الممكن في الصيغة ، لأنها مصادر سيالة ، يستحيل وجودها بجملتها ، فيكتفي بوجود آخر حرف منها ^(١) » .
 وورد في المذهب الشافعي حجة عملية أخرى مآلها : « إن من سمع حرفاً من آخر حروف الكلمة ، فإنه يحكم على مطلقها بموجبها عند آخر حرف من حروفها » .
 وقد ذهب إلى هذا الرأي الجمهور في المذهب الحنفي ، وأبو إسحق الإسفرايني في المذهب المالكي ، والأشعري والحداد من أصحاب الشافعي في المذهب الشافعي .

٨٠ - (٢) وذهب الفريق الآخر إلى التمييز بين العلة الشرعية والعلة العقلية

فقالوا : الملول يقارن العقلية ، ويتأخر عن الشرعية . وحجتهم في ذلك أن الملل الشرعية « في نفسها بمنزلة الأعيان ، بدليل قبولها الفسخ بعد أزيمة متطاولة ، كفسخ البيع والإجارة مثلاً ^(٢) » . أما الملل العقلية « فإنها عرض ، لا يبق زمانين ، فلو لم يكن الفعل معها ، لزم وجود الملول بلا علة ، أو خلو العلة عن الملول ^(٣) » .

ويبدو أن الرأي الأول هو الراجح ، وأما الحجج التي أدلى بها أصحاب الرأي الثاني فقد فندها الأولون وقالوا في الرد عليها :

« وأما بقاء الملل الشرعية حقيقة كالعقود مثلاً ، فلا خفاء في بطلانه ، فإنها كلمات لا يتصور حدوث حرف منها حال قيام حرف آخر ، والفسخ إنما يرد على الحكم دون العقد ، ولو سلم ، فالحكم يبقائها ضروري ، ثبت دفماً للحاجة إلى الفسخ ، فلا يثبت في حق غير الفسخ ^(٤) » .

ونورد فيما يلي نصوصاً ثلاثة من الفقه الإسلامي تصور بجلاء ما تقدم إيجازه :

(١) جاء في قواعد ابن رجب :

قاعدة في بيان الوقت الذي يثبت فيه أحكام الأسباب من المعاملات . للأسباب مع أحكامها أحوال :

(٣) المرجع السابق .

(١) الفروق للقراق ، ج ٣ ، ص ٢١٨

(٤) المرجع السابق .

(٢) التلويح على التوضيح ، ج ٢ ، ص ١٣١ - ١٣٢

أحدها : ما تقترن أحكامه بأسبابه كالأفعال .

الثانية : ما يتقدم أحكامه على أسبابه .

الثالثة . ما يختلف في وقت ترتيب أحكامه على أسبابه وهو منقسم إلى : (١) ما يمتثل

أحكامه ، (ب) وإلى ما يتأخر عنه بمض أحكامه .

(١) فأما **الأفعال فتقترن أحكامها بها** ولذلك أمثلة :

أحدها : حيازة المباح بالإستيلاء على الحشيش ، والخطب ، والمعادن ، والمياه ،
والصيود بالأخذ بالأيدي ، أو بالشباك ، أو الإثبات بالرمي بالسهم ، أو بالطنين
بالرمح .

المثال الثاني : قتل الكفار ، فإنه يقترن به استحقاق الأسلاب .

المثال الثالث : الخمر والزنا وقطع الطريق تترتب عليها حدودها . . .

المثال الرابع : ما يتعلق عليه طلاق أو إعتاق كالأكل والشرب ودخول الدار

فإن أحكامه تترتب عليه مقرونة به .

(٢) وأما ما يتقدم أحكامه على أسبابه ، فله أمثلة :

أحدها : إذا تلف المبيع قبل القبض ، فإن البيع يفسخ بال تلف قبيل التلف ،
لتعذر اقترانه به ، ووقوعه بعده ، لأن الإنفساخ انقلاب المالكين إلى باذليهما ، ولا
يتصور انقلاب المالكين بعد تلف المبيع ، لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً ، فيتمين
انقلابه إلى ملك البائع قبيل تلفه ، وكذلك تجب مؤنة تجهيزه وتكفينه على بائعه .
المثال الثاني : قتل الخطأ وله حكمان : أحدهما ما يقترن به ، وهو وجوب الكفارة .

الثاني : ما يتقدم عليه ، وهو وجوب الدية لتكون مورثة عنه على فرائض الله تعالى
فتقضى منها ديونه ، وتنفذ وصاياه ، لأنه أحق يبدل نفسه من ورثته . . .

المثال الثالث : إذا قال لغيره : إعتق عبدك عنى مجاناً أو بعوض سواه ، فأعتقه عنه

فإنه يملكه قبيل عتقه ، ثم يعتق بعد ذلك . .

المثال الرابع : إذا حكمنا بزوال ملك البائع في مدة الخيار ، فأعتق العبد المبيع

فإنه يملكه بالإعتاق ملكاً متقدماً على الإعطاق ، كيلا يقع الإعطاق في غير ملك
المعتق . . .

(٣) وأما ما اختلف في وقت ترتيب احكامه على اسبابه ، فهو الأسباب
القولية وهو منقسم إلى :

١ - ما يستقل به التكلم .

ب - وإلى ما لا يتم إلا بالجواب

(١) فأما ما يستقل به التكلم فكالأبراء ، وطلاق الثلاث قبل الدخول ، والعتاق ،
والرجعة .

والأصح أن أحكام هذه الألفاظ تقتزن بآخر حرف من حروفها .

فتقتزن الحرية بالراء من قوله « أنت حر » . والطلاق بالقاف من قوله « أنت طالق » .
والإبراء بالميم من قوله « أبرأتك من درهم » . ولو قال خصمه « أبرأتني من درهم »
فقال « أبرأتك » اقترنت البراءة بالكاف من قوله أبرأتك وكذلك الرجعة تعود
أحكام النكاح مع آخر حرف من حروفها .

وهذا اختيار الأشعري والحدائق من أصحاب الشافعي . وهذا مطرد في جميع الألفاظ
كالأمر والنهي وغيرها . فإذا قال « أقعد » كان أمراً مع الدال من قوله أقعد . وإذا
قال « لا تقعد » كان نهياً مع الدال من قوله لا تقعد . وكذلك الأقارير والشهادات
وأحكام الحكم .

وقال بعض أصحاب الشافعي : لا تقتزن هذه بشيء من هذه الألفاظ ، بل تقع
عقبها من غير تخلل زمان ، ويدل على الإقتران ، أن من سمع حرفاً من آخر حروف
الكلمة ، فإنه يحكم على مطلقها بموجبها عند آخر حرف من حروفها .

(ب) وأما ما يفتقر إلى الجواب فكالمأوضات ، وغيرها من المحاورات ، والأصح
اقتران احكامها بآخر حرف من حروفها .

— فإذا قال « بعتك هذه الدار بألف » اقترنت صحة البيع بالتاء من قوله « بعت »
على الأصح .

— ولو قال « بمنيتها بألف » فقال « بعتك » انعقد البيع مع الكاف على الأصح
وكذلك لو قال « زوجتك ابنتي » فقال « بعت » انعقد النكاح مع التاء

من قوله قبلت ، إن قلنا لا يفتقر إلى إن يقول « قبلت نكاحها » ، وإن قلنا يفتقر إلى ذلك ، انمقد مع الألف من نكاحها .

— ولو قال لزوجته « أنت طالق إن شئت » فقالت « شئت » وقع الطلاق مع التاء من قولها شئت .

وأما ما يتعجل أحكامه ويتأخر عنه بعض أحكامه فله أمثلة . أحدها البيع ، ويقترن الانمقاد والصحة بآخر حروفه على الأصح ، ويتأخرى لزومه إلى الإجازة والإفتراق وانقضاء خيار الشرط ^(١) . «

(ب) وجاء في الفروق للقرافي :

« الفرق بين قاعدة الأسباب العقلية وبين قاعدة الأسباب الشرعية نحو بعت واشتريت وأنت طالق وأعتقت ونحوه ... »

(١) قال الأستاذ أبو إسحق الأسفري رحمه الله ثبت سبب هذا القسم مع آخر حرف منه تشبيه الأسباب الشرعية بالعلل العقلية ، لأن العلل العقلية لا توجب معلولها إلا حالة وجودها ، وإذا عدمت لا يوجد معلولها ، كالعلم مع العالمية ، والإرادة مع المريدية من العقلية ، والنار مع الإحتراق ، والماء مع الإرواء من العاديات ، فكذلك هذه الأسباب الشرعية ، إذا عدم آخر جزء منها ، عدمت مجملتها ، فلا ينبغي أن توجب حينئذ حكماً ، بل نقدر مسببات هذه الأسباب مع آخر حروفها ، حتى يتحقق المسبب حالة وجود سببيه ، لاحالة عده ؛ لأن وجود آخر حرف ، هو الوجود الممكن في الصيغ ، لأنها مصادر سيالة ، يستحيل وجودها بجملتها ، فيكتفى بوجود آخر حرف منها ، لأنه القدر الممكن فيها ، فيحصل به الشبه بين العقلية والشرعية .

(٢) وقال غيره من العلماء بل ينبغي أن لا يكون تقدير مسببات هذه إلا عقيب آخر حرف ، وإن عدمت جملة الصيغة ، لأن السبب إنما يتحقق عادة حينئذ ^(٢) . «

(١) قواعد ابن رجب ، ج ٢ ، ص ٨١ — ص ٨٣ .

(٢) الفروق للقرافي ، ج ٣ ، ص ٢١٨ .

(ح) وجاء في التلويح على التوضيح :

« لا نزاع في تقدم العلة على المألول ، بمعنى احتياجه إليها ، ويسمى التقدم بالعلة .
ولا في مقارنة العلة التامة العقلية لمألولها بالزمان ، كيلا يلزم التخلف .

(١) وأما في الملل الشرعية ، فالجمهور على أنه يجب المقارنة بالزمان ، إذ لو جاز
التخلف ، لما صح الاستدلال بثبوت العلة على ثبوت الحكم ، وحينئذ يبطل غرض
الشارع من وضع الملل للأحكام .

(٢) وفرق بعض المشايخ كأبي بكر محمد بن الفضل وغيره بين الشرعية والعقلية ،
فجوز في الشرعية تأخر الحكم عنها^(١) . «^(٢) .

٨١ - إن تأمل النصوص السابقة ينتهى بنا إلى النتيجةين الآتيتين :

أنها تكشف لنا بوضوح عن الصفة الخلافة التي يسندها الفقهاء لصيغ العقود .
وهي تشير ثانياً إلى عدم تقييد الفقه الإسلامى بفكرة السبب الفلسفية التي تحتم
وقوع السبب بعد السبب . إننا نلمس عدم التقييد هذا في تقسيم المز بن عبد السلام
للأسباب إلى أسباب تقارن مسبباتها وأسباب تتأخر عن مسبباتها^(٣) .

(١) التلويح على التوضيح ، ج ٢ ، ص ١٣٢ .

(٢) ونحن نجد لدى الفقهاء نفس الدقة في بيانهم لوقت انقضاء الأثر في صيغ العبادات ، فقد
جاء في دليل المسافر (ص ٦٤ ، سطر ٢٨) : « ولا يحصل الإنقضاء [الصلاة] إلا بتمام
التكبير بدليل أنه لو رأى المتيمم الماء قبل تمام التكبير بطل تيممه » .

(٣) يلاحظ أن الفقه الحديث يزهد في الدقة التي ألزمها الفقهاء في بيانهم لوقت انقضاء الأثر .
والظاهر أن الفقه الحديث ينحاز إلى جانب الرأي الثانى الرجوح الذى أشرنا إليه في المتن ، والذي
يميز بين العلة الشرعية والعلة العقلية ، ويجعل انقضاء الأثر لاحقاً للعلة لا مقارناً لها . جاء في نظرية
الإلزام العامة للدكتور عبد الحمى حجازى (ف ٢٨ ، ص ٢٣) : « والواقعة القانونية هي حدث
يرتب عليه القانون نتائج قانونية . هذه الواقعة قد تكون واقعة طبيعية كمرور الزمن أو الموت ،
وقد تكون إرادية كجرعة أو عمل مشروع أو عقد . ويلاحظ أن قانونية الواقعة هي صفة بهدية
بمعنى أن الآثار القانونية لا ترتب عليها إلا بعضه ، قهوها . »

الفصل الثاني

إعلام الإرادة

المبحث الأول

الإيدان المقرر والإعلام المنشئ

٨٢ — مشكلة درجة إظهار التعبير: سبق أن قررنا أن النية المضمرة في الفقه الإسلامي ليست بذات وجود شرعي ، وأنه لا بد من إظهارها لكي تولد آثارها . وتتساءل الآن عن درجة هذا الإظهار المطلوب لتوليد الآثار . فهل يكفي مجرد إظهار الإرادة إلى وضوح النهار لكي تعمل ، أم لا بد لها من اجتياز مراحل متعاقبة ؟ الواقع أن عملية الإظهار ليست بالعملية البسيطة ، بل هي قد تتضمن ظواهر متعاقبة . فدون الوصول إلى مرحلة القبول من المخاطب ، يمكن للتعبير أن يظهر من المخاطب ، ثم يصدر إلى المخاطب ، فيصل إليه ، ثم يعلم هذا الأخير بهذا التعبير^(١) . ففي الإيجاب مثلاً بالمكاتبة لشخص غائب ، يكون إظهار التعبير بتدوينه على المکتوب . أما إرساله بالبريد فهو التصدير . وهاتان المرحلتان تمان في نطاق المخاطب . وفي مرحلة المخاطب ، يمكننا أن نميز بين مرحلتين : وصول المکتوب ، ثم العلم به .^(٢)

٨٣ — الإيدان المقرر : على أن هذه المراحل التي يقتضيها توجيه التعبير أحياناً ليست بضرورة لازمة لكل إظهار ، بل ثمة من التعابير ما لا يتطلب الشارع فيه أن يوجه إلى شخص آخر ، بل يكفي فيه بمجرد الظهور لكي ينتج آثاره الشرعية بصورة نهائية لارجمة فيها . والإرادة في هذه الحالة تكون لها قيمة ذاتية ، ولو لم تعلم إلى المخاطب . وإذا فرض وأعلم الشخص المقصود بهذه الإرادة ، فالإعلام في هذه الحالة يكون مقرراً لا منشئاً ، لأنه تم بعد تكون الإرادة . ونحن نرى إطلاق تسمية « الإيدان » على هذا النوع من الإعلام . وكمثال على هذا النوع من التعابير التي تم قبل إيدانها ،

(١) فون تور ، ج ١ ، ف ٢٢ . سالي ، التعبير ، ف ٢ ، ص ١٣٠ .

(٢) التعبير عن الإرادة للدكتور ولنام قلادة ، ف ٣٨ ، ص ١٣٣ .

نورد الوصية التي يكفي ظهورها إلى وضع النهار لكي تكون نافذة ، وحتى لو جهل وجودها الورثة أو الوصي له نفسه .

٨٤ - أبو علوم المشي . ومن التمايز ما لا يكفي الشارع فيه بمجرد الإظهار ، بل يحتم فوق ذلك أن يتخذ جهة معينة ، من طريق توجيهه إلى شخص معين ، وإعلامه به ، وعندئذ يكون علم هذا الشخص بالتعبير جزءاً منه ، لا يتم وجوده الشرعي إلا به ، ولا يتسنى للتعبير أن تنقذ آثاره إلا بوجود هذا الجزء المتمم . وهذا الإعلام الذي يكون جزءاً من مجموع العناصر التي يتوقف على توافرها إحداث الأثر يسمى إعلاماً ضرورياً أو جوهرياً أو منشئاً^(١) . ففي عزل الوكيل مثلاً حيث يعتبر الإعلام

(١) يلاحظ هنا أنه قد اختلف في تسمية الاصطلاح الإفرنسي La notification ، فقد أطلق عليه الأستاذ الدكتور عبد الحمى حجازي تسمية « الإعلان » (انظر النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحمى حجازي ، ج ٢ ، ص ١٤٦ وماب) . وأطلق عليه الدكتور وليام سليمان قلادة تسمية « الإعلام » (انظر التعبير عن الإرادة للدكتور وليام سليمان قلادة ، ف ٤١ ، ص ١٣٨) . ولعل الدكتور حجازي قد طأوع في تسمية « الإعلان » ما جرت عليه المادة ٧١٦ من القانون المدني المصري (٦٨٢ مدني سوري) التي جاء فيها « إن تنازل الوكيل عن الوكالة لا يتم إلا بإعلانه للموكل » . ونحن نرى أن تسمية « الإعلام » هي أليق بمدلول الاصطلاح الأجنبي من تسمية « الإعلان » ؛ ذلك لأن فقهاءنا يقصدون بالإعلام نفس المدلول الذي يقصده الفقه الغربي منه . أما « الإعلان » فإنهم يقصدون به العلنية والاستفاضة ويجملونه مقابل الاسرار والسكران . وهو كما ترى يفاير مفهوم الفقه الغربي من اصطلاحه . جاء في البدائع (ج ٧ ، ص ١٩٣) : « ولا خلاف في أن العلم بالإذن شرط لصحة الإذن ... لأن الإذن هو الإعلام قال الله تعالى : « وأذن من الله ورسوله » أي إعلام . والفعل لا يعرف إعلاماً إلا بعد تعلقه بالمعلم . » أضف إلى ذلك أن فقهاء قد درجوا على تسمية النظرية التي تعتبر العقد تاماً بمجرد صدور القبول دون أن تستلزم إعلامه إلى الموجب بنظرية الإعلان Declaration (راجع مصادر الحق للسنهوري ، ج ٢ ، ص ٥٤) ووضح أن الذهاب إلى أن المراد بلفظ « الإعلان » الإعلام المشيء يتعارض مع إطلاق تسمية الإعلان على النظرية التي لا تتطلب هذا الإعلام . ويلاحظ أن الدكتور حجازي قد نقاشى هذا اللبس عندما أطلق على هذه النظرية الأخيرة تسمية نظرية التعبير ، على أن هذا الإطلاق قد يدعو في دوره إلى اللبس بينها وبين نظرية الإرادة الظاهرة التي أطلق عليها المؤلف نفسه تسمية مذهب التعبير (راجع حجازي ، ف ٩٩ و ٦٦ و ٣١١) . ونحن نرى بالإضافة إلى ما تقدم تخصيص كلمة « الإيدان » بالإعلام المقرر ؛ لأن لهذا التويم في التسمية أثراً في اختلاف مدلول المسمى ، كما سنرى عند دراستنا للتمييز الهام بين إعلام الإرادة والإيدان الواقعة ، ولأن كلمة « الإيدان » قد وردت على لسان الفقهاء بمعنى « الإعلام » جاء في رد المحتار (ج ١ ، ص ٣٥٥ ، س ٣١) : « قال في القاموس : آذنه الأمر ، وبه ، أعلمه ... فالأذن اسم مصدر ... وشرعاً إعلام مخصوص ... قال في الدرر ويطلق على الألفاظ المخصوصة أي التي يحصل بها الإعلام من إطلاق اسم المسبب على السبب » .

ضروريا ، لا يعتبر الوكيل معزولا ما لم يتم علمه بعزل الموكل ، وقبل ذلك تعتبر الوكالة قائمة ، وتصرفات الوكيل نافذة في حق الموكل .

والشارع هو الذى يعين عادة درجة إظهار التعبير اللازمة لكي توجد الإرادة ، وتنقح آثارها وهو الذى يعين ، طبقاً لطبيعة التعبير وطبيعة الأثر ، اللحظة التى تعتبر عندها الإرادة جديدة . أى يعين متى تعتبر في حق من صدرت منه بآلة لا يمكن الرجوع فيها ، ومتى يعتبر إظهارها كافياً لسريان آثارها قبل الغير ^(١) .

٨٥ — تقسيم التعبيرات : وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نشير إلى تمييز جوهري في الفقه الإسلامى بين التعابير التى يتحتم فيها الإعلام ، بمعنى أن علم الغير بها يكون منشأً وضرورياً ، وتعابير تكون في غنى عن هذا العلم ، ولا يكون فيها للإعلام (الإيدان) إلا أثر مقرر . وهذا التمييز بين هذين النوعين من التعابير يمكن استخلاصه من نصوص الفقه الإسلامى ، وإن كان الفقهاء لم يشيروا إليه صراحة . وتتساءل الآن عن التسمية التى يمكن أن نطابقها على هذين النوعين من التعابير ؟

٨٦ — اختلف الفقهاء في تسمية التعابير التى يكون فيها الإعلام ضرورياً بحسب نظرتهم إلى هذه المرحلة أو تلك من مراحل التعبير . فقد رجح البعض دور من أصدر التعبير وأطلق عليه اسم **التعبير الذى يجب أن يوجه إلى شخص آخر** .
La déclaration qui doit être adressée à un autre
déclaration دور من يتلقى التعبير وأطلق عليه اسم **التعبير واجب التسلم** réceptice أو déclaration soumise à réception وهذه التسمية الأخيرة هى التى أخذ بها زيتلمان Zitelmann أول من أوجد التفرقة بين هذين النوعين من التعابير ، وهى التسمية السائدة في الفقه الألمانى ^(٢) ، وفي الفقهين الإفرنسى والإيطالى ^(٣) . وقد أخذ بها من فقهاء الجمهورية العربية المتحدة الأستاذ الدكتور عبدالحى

(١) دورما ، رقم ٤٨ ، وجاء في فتح القدير (ج ٥ ، ص ١٢٢ — ١٢٣) : « إن كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار الخيرة يقتضى أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه » .

(٢) وتسمى في الفقه الألمانى empfangsbedürftige

(٣) وتسمى في الفقه الإيطالى dichiarazioni recettizie

حجازى^(١) . أما التسمية الأولى فقد اختارها الدكتور وليام سليمان قلادة^(٢) وأيد
ترجيحه لها بمسوغات ثلاث جاء فيها :

« ونحن نفضل التسمية الأولى ، ولذلك وصفنا التعبير بأنه موجه ، لأن هذه
التسمية التى أقرها القانون الألمانى فى مختلف نصوصه ، ولأن التوجيه هو الذى يؤكد
الطبيعة الإرادية لهذا النوع من التعابير . فقد ذكرنا أن العمل الإرادى فى الإعلام
هو التصدير . ومن ناحية ثالثة : فإن الإصدار الذى يكمل به التوجيه يكون مرحلة
حاسمة فى تاريخ هذا التعبير ، لأنه من الممكن بعد الإصدار أن تستمر حياة التعبير ،
ولو اختفى من أصدره . فلو مات هذا الأخير قبل الإصدار سقط التعبير ، أما لو مات
بعده أو نقصت أهليته ، فإن التعبير ينتج أثره بمجرد اتصاله بعلم من وجه إليه^(٣) . »

٨٧ - ونحن لا نوافق المؤلف على ما ذهب إليه من أن الإصدار « يكون مرحلة
حاسمة فى تاريخ التعبير الوجه » وأن هذا الإصدار هو الذى يمنحه الحياة كما تفيد
جملة « لأنه من الممكن بعد الأصدار أن تستمر حياة التعبير » ، بل إن المرحلة الحاسمة
فى نظرنا فى تاريخ هذا التعبير هو مرحلة تلقى الخطاب له ، وإن ما يمنحه الحياة ليس هو
إصداره ، بل هو هذا التلقى نفسه ، فمنه فقط تنقذ آثار هذا التعبير ، وقبله يكون
التعبير - وكما يعترف المؤلف فى أكثر من موضع - نية مضمرة لم يتم التعبير عنها تعبيراً
قانونياً كاملاً^(٤) . ولقد قال بحق الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى : « إن التسمية

(١) النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، ف ٢٩٤ ، ص ٢١٣ . وراجع الطبعة الأولى

عام ١٩٥٣ ص ١٤٨

وبلاحظ أن الدكتور أحمد حشمة أبو ستيت قد ارتضى هذه التسمية فى كتابه نظرية الإلتزام ،
راجع هامش ف ٨٤ ، ص ٨٤ وهامش ف ٢٥٢ ، ص ٢٦٣ من الكتاب المذكور .

(٢) أنظر التعبير عن الإرادة للدكتور وإيام سليمان قلادة ، ف ٤٤ ، هامش ص ١٤٦ .

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق ، ف ٤٣ ، ص ١٤٠ ، وراجع دورما ، ف ١٢٧ . ويشير أستاذنا

السنهورى إلى أهمية مرحلة التلقى فى صدد بيانه للتمييز بين الوجود الفعلى للتعبير ووجوده القانونى
حيث يقول : « التعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره ، ولكنه لا يكون له وجود قانونى
إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . العبرة فى التعبير بوجوده القانونى ، لأن هذا الوجود وحده
هو الذى تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره
(الوسيط ، ج ١ ، ف ٨١) » .

الأخيرة أولى لأن فكرة التوجيه إلى شخص معين ، وهى التى تقوم عليها التسمية الأولى لا تستلزم التسلم باعتباره عنصراً جوهرياً فى التعبير . أما التسلم ، فلكونه لاحقاً على التوجيه ، فهو يتضمنه على نحو ما تتضمن فكرة المسبب فكرة السبب ^(١) .

ونحن نجح بدورنا إلى التسمية التى أعطاها زيتمان لهذا النوع من التعابير . ولـكننا فى نفس الوقت لا نوافق على التسمية العربية التى أعطاها الأستاذ الجليل الدكتور عبد الحى حجازى لتلك التسمية ، ونؤثر عليها تسمية « التعبير المتلقى » على أن يقابل النوع الآخر من التعابير تسمية « التعبير الملقى » ^(٢)

(١) النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ص ١٤٨ .

(٢) نين فيما يلى الأسباب التى دعتنا إلى إثبات تسمية (التعبير الملقى والتعبير المتلقى) على تسمية (التعبير غير واجب التسلم والتعبير واجب التسلم) التى اختارها الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى :

السبب الأول ، لفظى : ذلك أن التسمية المختارة تتيح لنا استعمال لفظ واحد بدلاً من ألفاظ متعددة (أ) فبدلاً من أن نقول مثلاً « التعبير واجب التسلم » نقول « التعبير المتلقى » (ب) وبدلاً من أن نقول « الموجه إليه التعبير واجب التسلم » نقول « المخاطب بالتعبير المتلقى » . (ج) وفى تعريف الإصطلاحين **le caractère réceptif** و **le caractère non réceptif** نستعمل « صفة التلقى » و « صفة الإلقاء » بدلاً من « صفة التعبير واجب التسلم » و « صفة التعبير غير واجب التسلم » .

السبب الثانى ، لغوى : إن لفظ التسلم يطلق على الأشياء المادية وهو بمعنى القبض ، أما لفظ التلقى فيطلق على الأشياء المجردة فيقال « تلقيت الخبر » . وكذلك لفظ الإلقاء قد يطلق على الأشياء غير المحسوسة ، جاء فى القرآن الكريم : « تلقون إليهم بالمودة وقد كفروا بما جاءكم من الحق » . « وكلمة ألقاها إلى مريم وروح منه » . « ألقى الذكر عليه من بيننا بل هو كذاب أشر » . « ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام است مؤمناً » .

السبب الثالث : إن تسمية التعبير الملقى هى تسمية مباشرة ، أما تسمية التعبير غير واجب التسلم فهى تسمية بطريق الاستبعاد ، والتسمية الأولى أرجح .

السبب الأخير وهو الأهم إن التسمية بواجب التسلم لا تتفق إلا مع نظرية الوصول **Système de réception** — وهى التى لا تتطلب العلم الحقيقى للوجوب بل تكفى بعلمه الحكى بالقبول لـكى يتم العقد بين الغائبين — وهى لا تتفق مع نظرية العلم **Système d'information** التى تتطلب العلم الحقيقى بالتعبير لا مجرد وصوله وتسامه . والتسمية المنتقدة تتجاهل مؤدى نظريتى الوصول والعلم حتى فى التعاقد بين حاضرين ، ذلك لأن نظرية الوصول تقتضى تسلم التعبير ، وليس ثمة تسلم للتعبير بين حاضرين كما تفيد التسمية المنتقدة . ونظرية العلم تقتضى العلم به ، وليست التسمية المنتقدة تفيد وجوب هذا العلم أما التسمية المختارة فهى أبقى بنظريتى الوصول والعلم ، وسواء كان التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين ، لأن مفهوم التلقى بما يتضمنه من مرونة ، يشمل مفهوم العلم الحكى والعلم الحقيقى .

٨٨ - إعلام الإرادة وإيذانه الواقعة : قلنا إن بعض التعابير يستلزم مرحلة لاحقة لإظهاره . وهذه المرحلة قد تدعى « إعلاماً منشئاً » كما لو كانت أصيلة في التعبير لا يتم بدونها . وقد تكون « إيذاناً مقررأ » كما لو كانت لصيقة بالتعبير لا مساس لها بقيمته الذاتية . وفي كل من هاتين المرحلتين نكون أمام عمل يقوم به صاحب التعبير من أجل أن يصل به المضمون إلى علم أو إذن الطرف الآخر^(١) .

وسنرى أن هذا المضمون ليس واحداً في حالتى الإيذان والإعلام . فهو في الأول تصرف قانونى أو واقعة مادية بما قبل تحقق الإعلام ودون تدخله . وهو في الثانى دوماً إرادة محضة ، يكون الإعلام جزءاً لا يتجزأ منها ، وتفصيل ذلك فيما يلى :

٨٩ - إيذانه الواقعة : قلنا إن مضمون الإيذان فى هذه الحالة قد يكون واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً تماماً قبله ، وبدونه . وعندها تكون مهمة الإيذان مجرد الكشف أو التقرير عن هذا التصرف أو تلك الواقعة . ونبحث فيما يلى هاتين الحالتين :

(١) إيذان الواقعة المادية : وهى كإيذان البائع المشتري بأنه خلى بينه وبين المبيع وإيذان الشئع بواقعة بيع العقار المشفوع فيه ، وإيذان الوكيل ب وفاة موكله ، وإيذان الملتقط بواقعة عثوره على اللقطة ، وإيذان البكر بواقعة بلوغها ، وإيذان المطلقة بانتهاء عدتها . فى هذه الأحوال جميعاً يكون للواقعة التى تمت قبل وقوع الإيذان وجود مستقل عن الإيذان . وقد تولد آثارها جميعاً بدونه^(٢) . على أن القانون

== ويلاحظ أن الدكتور عبد الحمى حجازى قد ذكر فى مقدمة الجزء الأول من كتابه النظرية العامة للالتزام أن الذى دفعه إلى استعمال هذا الإصطلاح هو نص المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى التى تقول : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . » وأنه لولا وجود هذه المادة لما كانت به حاجة إلى استعمال هذا الإصطلاح . وعندى أنه لاعلاقة بين هذا الإصطلاح والمادة ٩١ ؛ ذلك لأن تقسيم التعابير إلى ملق ومتلق هو تقسيم علمى ضرورى يكشف الحاجة إليه استقراء التعابير المبثوثة فى القانون (راجع مثلاً نص المادة ٧١٦ مدنى مصرى التى تنص على أن تنازل الوكيل عن الوكالة لا يتم إلا بإعلانه للموكل انظر أيضاً المادة ٦٨٢ مدنى سورى) ؛ أضف إلى ذلك أن القانون المدنى السورى ، إذا كان خلوأ من المادة ٩٧ ، فهل معنى ذلك أن الفقه السورى هو فى غنى عن هذا التقسيم ؟ !

(١) دورما ف ٥٠ ، ٥١ وماب .

(٢) حجازى ، ج ٢ ، ص ١٤٧ .

يستلزم أحياناً هذا الإيدان لترتيب بعض آثارها ، ولكن هذا لا ينفى أن مضمون الإيدان هنا واقعة تمت قبل إجرائه .

(ب) إيدان واقعة التصرف : وقد يكون مضمون الإيدان تصرفاً قانونياً تم من قبل ، كما هو الحال في إيدان المدين حوالة الدين ، فهذا الإيدان لا يكون عنصراً في التصرف ، فليست النية هنا هي مضمون الإيدان ، ولكنه التصرف التام ، لأن التصرف استكمل ركنيه المعنوي والمادي من قبل ، وما يرد عليه الإيدان هو التصرف الموجود ، ولهذا يمكن القول بأن مضمون هذا الإيدان ليس إلا واقعة قانونية .

هذان النوعان من الإيدان — إيدان الواقعة التي نشأت دون تدخل من الإرادة وإيدان التصرف التام — يشتركان في صفة واحدة هي أن وجود الواقعة تحقق قبل الإيدان ، ودون تدخله في هذه الحالات ، ومهما تسكن الآثار التي تترتب على الإيدان ، فإن كلا من المضمون والإيدان يكون ظاهرة مستقلة تماماً عن الأخرى ^(١) .

٩٠ — إعلام الإرادة : سبق أن أشرنا إلى الاختلاف الأصيل بين الإيدان المقرر والإعلام المنشئ . ونضيف هنا بأن الإعلام المنشئ ، إذا ما أضيف إلى الإظهار ، كون مجموعهما الركن المادي للتعبير ، وهما وحدة لا ينفصم أحد شطريها عن الآخر ، فإذا ما تم هذا الانفصام ، لم نكن أمام تعبير ، بل نكون أمام عناصر حسية مهمة ليست بذات وجود شرعي . وهذا التلاحق بين الإظهار والإعلام في الركن المادي للتعبير مقصور كما سنرى على التعابير الممتلكاة ، فلنستبعد في هذا الضرب من التعابير ظاهرة موجودة ، ثم يأتي بعد ذلك إجراء لاحق هدفه إعلام الغير بها ، بل إن الإعلام يكون جزءاً من تلك الظاهرة ، ولا توجد إلا به ^(٢) . إنه جزء من الركن المادي ، لا توجد الإرادة القانونية إلا إذا توافر ، وهو كما سبق أن أشرنا من مكونات هذا التعبير ، حتى ينبغي أن نقول إن من يوجه إليه التعبير يساهم في تكوين ذلك التعبير من طريق علمه به ^(٣) .

(١) دورما ، ص ٨٩ وماب ، ف ٧٤ وماب . قارن هبرو ، ف ٢١ .

(٢) حجازي ، ج ٢ ، ص ١٤٧ ، دي لاموت ف ١٧٩ .

(٣) حجازي ، ج ٢ ، ص ١٤٩ .

والخلاصة إن التعبير عن الإرادة نوعان ملقى ومتلقى . وهذا الأخير إما أن يتضمن إرادة ، فيكون إعلامها فيه عن طريق الإعلام المنشئ ، وإما أن يتضمن واقعة ، فيكون إعلام الواقعة فيه عن طريق الإيذان المقرر . وهذا التقرير قد يكشف عن واقعة قانونية ، وقد يكشف عن تصرف قانوني تام عقداً كان أو إرادة منفردة^(١) .

المبحث الثاني

عناصر الإعلام

٩١ — لن كانت نتيجة الإعلام — وهى العلم — واقعة بسيطة تتجلى فى حالة سلبية تقوم لدى المخاطب ، فإن الإعلام نفسه هو حالة إيجابية تقوم فى المخاطب ، وهو ليس فى مثل البساطة التى يهدف إلى تحقيقها . ذلك لأنه كما سنرى ، واقعة مركبة قوامها تصرف إرادى ذو هدف معين . وهو ككل تصرف قانونى لا بد له من توافر ركنين : هما نية الإعلام (الركن المعنوى فى الإعلام) ، ووسيلة تحقق بها تلك النية غايتها (الركن المادى فى الإعلام) .

الفرع الأول

الركن المعنوى فى الإعلام

٩٢ — يقصد بالركن المعنوى فى الإعلام نية توجيه الإرادة إلى شخص معين^(٢) ومؤدى ذلك أن وصول التعبير إلى المخاطب . ليس بكاف ، بل يجب أن يكون هذا الوصول نتيجة التوجيه الإرادى من المخاطب^(٣) . ويجب بالإضافة إلى ذلك ، أن يعلم المخاطب أن التعبير آت إليه من المخاطب ، وأن يتلقاه على هذا الاعتبار . وعليه فإن الإعلام المجرد من إرادة مصدره ، والعلم المجرد عن معرفة مصدره ، كلاهما غير مجدى فى تحقيق الإعلام المنشئ . فلا بد من أن يكون الإعلام مقروناً بإرادة صاحبه وأن يكون علم المخاطب به مقروناً بمعرفة مصدره . فلو أن رب عمل كتب إيجاباً ، ثم قام أحد موظفيه بإرساله على غير إرادة من كاتبه . فإن علم المخاطب بمضمون الإيجاب ، وقبوله من ثم ، لا يلزم الموجب ، لأن الإيجاب لم يكن بإرادته^(٤) .

(١) راجع فلاة ، هامش ص ١٤٠ . (٢) ديموج ، ج ٢ ، ص ١٣٤ .

(٣) فون تور ، ف ٢٢ . دورما ، ف ٢٩٠ . ديموج ، المرجع السابق .

(٤) ديموج ، المرجع السابق .

المطلب الأول

إرادة الإعلام في المذهب الحنفي

٩٣ — نورد فيما يلي نصوصاً فقهية تشير إلى ركنية إرادة الإعلام في تعبير الإيجاب لغائب ، وهو يعتبر بحق مثلاً نموذجياً للتمايز المتلقاة في الفقه الحنفي .
جاء في المحيط البرهاني : « رجل قال لآخر « بعت هذا العبد من فلان » فبلغه الرسول . وقال المشتري : « اشتريت » فهو بيع ، ولو لم يقل « فبلغه » فبلغه وقال المشتري : « اشتريت » لا يصح . لأن شرط البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس . ولو قال : « بعت منه فبلغه يا فلان » فبلغه رجل آخر جاز . لأنه حين قال « فبلغه » فقد اظهر من نفسه الرضا بالتبليغ . وكل من بأنّه كان التبليغ برضا . فإن قبل صح البيع ، وهذا شيء يحفظ جداً !^(١) » .

جاء في فتح القدير : « والرسالة أن يقول : « اذهب يا فلان وقل له إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا . » فجاء فأخبره ، فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال « بعت عبدي فلاناً من فلان بكذا ، فاذهب يا فلان فأخبره » فذهب فأخبره ، فقبل ، وهذا لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل افظه بلفظ الموجب حكماً ، فلو بأنّه بغير أمره ، فقبل ، لم يجوز ، لأنه ليس رسولاً بل فضولياً ، ولو كان قال : « بلبنه يا فلان ، فبلغه غيره ، فقبل ، جاز^(٢) . » .

جاء في الفتاوى الهندية : « وإذا قال « بعت هذا من فلان الغائب بكذا » فبلغه الخبر ، فقبل ، لا يصح . ولو قبل عنه إنسان في المجلس توقف على إجازته ، كذا في السروجية . ولو قال : « بعت منه فبلغه يا فلان » فبلغه رجل آخر ، جاز ، كذا في المحيط^(٣) . » .

ويبدو من النصوص السابقة أن الفقهاء المسلمين قد ميزوا بوضوح بين ما إذا كان الموجب لم يفصح عن نية إعلام التعبير ، وهم في هذه الحالة يعتبرون الإعلام الخالي

(١) المحيط البرهاني ، ج ٩ ، ص ٩١ ، س ١٢ ، « مخطوط في مكتبة الأزهر » . راجع أيضاً

الذخيرة البرهانية ، ج ٥ ، ص ٦ ، س ١ . (٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٩ .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٩ .

عن هذه النية باطلا ، لأنه فقد عنصره المعنوى ، وبين ما إذا كان الموجب قد أفصح عن نية إعلام التعبير ، وهم في هذه الحالة ، كما رأينا يعتبرون الإعلام صحيحاً ينسقد به البيع ، لأنه جاء مستوفياً لعنصره المعنوى . وهذا العنصر المعنوى هو المقصود بقول صاحب المحيط : « لأنه حين قال « بلغه » فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ » فلفظ « بلغه » إذن هو إفصاح عن نية الإعلام فإذا ما تخلف هذا الإفصاح إنهار التعبير بأنبيار إعلامه ، ولا عبرة بعدها لوجود إرادة الإعلام إذا ظلت إرادة باطنة ، لأن هذه الإرادة لا يعتد بها الفقه الإسلامى ، وإنما يعتد بالإرادة الظاهرة التى يفصح بها العاقد عن نية إعلامه بقوله : « فبلغه » . فإذا ما تحققت هذه الإرادة الظاهرة قام التعبير بقيام إعلامه ، وسواء بعدها أقام الرسول نفسه بالتبليغ ، أم قام فضولى غيره به ، ذلك لأن اختلاف الأشخاص لا أثر له في إرادة التوجيه نفسها التى تحققت بمجرد الإفصاح عنها . وقد أشار صاحب المحيط إلى عدم تأثير اختلاف الأشخاص على العمل الإرادى ، نفسه بقوله : « لأنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، وكل من بلغه كان التبليغ برضاه ^(١) » .

٩٤ — ظاف الخطاب تعبر عن إرادة الإعلام فى التعاقد بين حاضرين : يلاحظ أن الفقهاء يشترطون فى التعاقد بين حاضرين أن يشتمل الإيجاب على الخطاب ، فلا يكفي أن يقول البائع : بعت هذا الكتاب بـ ١٠ ليرات مثلا . فيقول الآخر قبلت ، بل لا بد من أن يعبر الموجب عن إرادة إعلامه بالإيجاب إلى الموجه إليه التعبير ، بأن يضيف كاف الخطاب إلى إيجابه ، وذلك بأن يقول : بعتك هذا الكتاب بكذا .

جاء فى فتح القدير : « ولو قال : « بعتك بكذا » بعد وجود مقدمات البيع فقال : « اشتريت » ولم يقل « منك » صح به ، وكذا على العكس ^(٢) » . وجاء أيضاً : « وعدم لزوم ذكر المفعولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات على المرض ، لأن الحذف لدليل جائز فى كل لسان فمن هذا قلنا إذا قالت « زوجتك نفسى » فقال « قبلت » أو قال « تزوجتك » فقالت « قبلت » جاز ، ولا مفعول ^(٣) » .

(١) المحيط ، المرجع السابق .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٧ ، س ١ .

(٣) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ ، س ٢٠ .

جاء في البحر الرائق : « ولا يشترط أن يشتمل القبول على الخطاب بعدما صدر الإيجاب بالخطاب . فلو قال بعد قوله : « بعتك » « اشتريت » ولم يقل « منك » صح كما في فتح القدير^(١) . »

وجاء في رد المختار : « ولا يشترط في البيع أن يشتمل القبول على الخطاب بعدما صدر الإيجاب بالخطاب . فلو قال بعد قوله « بعتك بكذا » « اشتريت » ولم يقل « منك » ، صح ، بجر عن الفتح أى يكفي وجود الخطاب في الإيجاب^(٢) . »

ويلاحظ أن ابن نجيم وابن عابدين ، في النصين الأخيرين ، قد عزيا القول بجواز ورود القبول مجرداً عن كاف الخطاب إلى الكمال بن همام بعد أن عدلاه من ناحيتين :

(١) فهما لم يشترطا بعدية الإيجاب عن مقدمات البيع ، وهما حسناً فإلا ذلك ، لأنها في نظرنا غير مجدية ، مادام الإيجاب قد جاء مقترناً بكاف الخطاب . ويبدو أن صاحب الفتح يشترط هذه البعدية لجواز تجريد الإيجاب من كاف الخطاب ، لا القبول ، يدل على ذلك ما ذكره في مكان آخر حيث قال : « لو قال للآخر بعدما جرى بينهما مقدمات البيع « بعت هذا بألف » ولم يقل « منك » فقال الآخر : « اشتريت » صح ولزم^(٣) »

(٢) وهما ثانياً قد اقتصرنا في ذكر هذا الجواز على القبول فحسب ، ولم يتعرضا لجواز ورود الإيجاب خالياً من كاف الخطاب . فقد رأينا أن صاحب الفتح قد صرح بجواز تجريد شطرى العقد من كاف الخطاب في قوله « وكذا على العكس » . ولعلهما يطاوعان في ذلك الطبيعة الاستثنائية لتعبير الإيجاب التي تستلزم شموله على نية إعلام الطرف المستحث بصورة صريحة لا أن تستخلص بصورة ضمنية من مقدمات البيع كما يفيد كلام صاحب الفتح .

٩٥ — مما لا ريب في أنها الفقهاء تخلق إرادة الإرادة : وتساءل الآن هل يطرد اشتراط نية الإعلام لدى فقهاء المذهب الحنفى في التعابير المتلقة ؟ إن ظاهر

(١) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٦٧ ، س ١٨ .

(٢) رد المختار ، ج ٤ ، ص ٩ ، س ٢٦ .

(٣) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ ، س ٢٨ .

النصوص يفيد أن هذا التخلف ممكن ، ونستعرض فيما يلي جواز تخلف إرادة الإعلام في الإيجاب وفي بعض التصرفات الأحادية :

(١) تخلف إرادة الإعلام في الإيجاب : رأينا سابقاً أن إعلام الفضولي للموجه إليه التعبير الغائب بالإيجاب الموجب هو إعلام باطل ، لتخلف إرادة الإعلام ، التي لم يعبر عنها الموجب بإرادة ظاهرة . ونستعرض فيما يلي حالات ثلاثة أجاز فيها الفقهاء قيام الإيجاب رغم تخلف إرادة الإعلام وهي :

- (١) الإيجاب لغائب تطوع لقبوله فضولي في مجلس الإيجاب .
- (٢) الإيجاب الذي يتوقف على قبول الموجب إليه الغائب .
- (٣) الإيجاب في حالة زواج الفضولي من الموجب إليه الغائب عند أبي يوسف .

(١) الإيجاب لغائب تطوع لقبوله فضولي في مجلس الإيجاب : الأصل كما رأينا أن الإيجاب لغائب لا يقوم إذا لم تتوافر فيه إرادة الإعلام على أننا إذا فرضنا أن حاضراً قبل هذا الإيجاب عند صدوره ، فهل ينمقد العقد بهذا القبول ؟ يجب الفقهاء على أن العقد ينمقد في هذه الحالة ، رغم عدم اتجاه نية الموجب إلى إعلام هذا القابل بالذات ووجه هذا الاستثناء أن القبول قد صدر في المجلس ، فصافد إيجاباً قائماً . والشأن عادة في هذا الإيجاب ، وقد صدر في حضرة الفضولي ، أن يكون قد صدر على أساس أن يقبله ذلك الفضولي . وهذا بخلاف ما إذا قام الفضولي نفسه بإعلام الطرف الآخر ، فقبل . إذ لا ينمقد العقد ، لصدور القبول بعد انتهاء مجلس الإيجاب ، واسقوط الإيجاب بانتهائه .

جاء في البدائع : « وعلى هذا إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب ، فبلغه ، فقبل ، لا ينمقد . بأن قال : « بت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا » فبلغه ، فقبل . ولو قبل عنه قابل ينمقد . والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس . ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإجماع ، إلا إذا كان عنه قابل^(١) » .

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٧ ، س ٣٢ .

(ب) الإيجاب الذي يتوقف على قبول الموجب إليه الغائب : الأصل إن الإيجاب

لا يتوقف على قبول الموجب إليه الغائب . ويترتب على هذا أن الغائب إذا قبل الإيجاب لا ينعقد العقد مالم يكن هذا الإيجاب قد وجه إلى هذا القابل من قبل صاحب التعبير بكتاب أو رسالة . على أن ثمة حالات يتوقف فيها الإيجاب على قبول الغائب ، فينقصد العقد بمجرد قبوله ، ولو لم يكن الإيجاب موجهاً إليه وذلك كاختلاع الرجل زوجته إذا كانت غائبة ؛ وكعقق المولى عبده على مال إذا كان غائباً . ففي هاتين الحالتين لا تشترط إرادة الإعلام في الشرط الأول حتى إذا قبلت الزوجة الإيجاب الصادر من زوجها ، وقبل الإيجاب الصادر من مولاه ، صح قبولها ، رغم أن الموجب في الحالتين لم يعبر عن نية إعلامه للإيجاب .

ونلفت النظر هنا إلى أن استعناء الإيجاب عن إرادة الإعلام في هاتين الحالتين ليس هو خروجاً عن القاعدة العامة في التعبير المتلقى التي تستلزم إرادة إعلامه إلى المخاطب ، بل هو نتيجة لورود الإيجاب في صورة اليمين ، وتحوله من ثم من تعبير متلقى يستلزم الإعلام إلى تعبير ملقى لا يستلزم الإعلام .^(١)

(ح) الإيجاب في حالة زواج الفصولي من الموجب إليه الغائب : ذهب

أبو يوسف — وخلفاً لأبي حنيفة ومحمد — إلى أن إيجاب النكاح إلى الموجب إليه الغائب يقوم ولو لم ترافقه إرادة إعلامه إلى هذا الغائب حتى إذا ما أجازته هذا الغائب أنتج أثره ونفذ . ووجه هذا الإستثناء عند أبي يوسف أن الموجب في هذه الحالة يجمع في شخصه الموجب على سبيل الأصالة والقبول على سبيل الفضالة . وما دام للواحد في عقد النكاح أن يتولى طرفي العقد ، فليس ثمة ما يمنع من اعتبار عبارته تصرفاً دائماً موقوفاً على إجازة المخاطب جاء في البدائع في هذا المعنى : « فأما إذا كان أحدهما غائباً لم ينعقد ، حتى

(١) جاء في البدائع : « وأما الشرط في باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالإجماع حتى لو قال : « خالعت امرأتى الفأقية على كذا » فبلغها الخبر ، فقبلت ، جاز . وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالإجماع حتى لو قالت ، « اختلعت من زوجي فلان الغائب على كذا » فبلغه الخبر ، فأجاز ، ثم يجوز . ووجه الفرق أن الخلع في جانب الزوج يمين ، لأنه تعليق الطلاق بقبول المال ، فكان يميناً ، وإذا كان يميناً ، فقيمة المرأة لا تمنع صحة اليمين ، وأما من جانب المرأة ، فهو معاوضة . وإذا كان معاوضة ، فالشرط في المعاوضات لا يتوقف ، كما في البيع وغيره . وكذا الشرط في إعتاق العبد على مال من جانب المولى يتوقف إذا كان العبد غائباً . ومن جانب العبد لا يتوقف إذا كان المولى غائباً ، لأنه من جانبه تعليق العتق بالشرط ، ومن جانب العبد معاوضة . »

لوقالت امرأة بحضرة شاهدين «زوجت نفسي من فلان» وهو غائب قبله الخبر، فقال «قبلت» ؛ أو قال بحضرة شاهدين «تزوجت فلانه» وهو غائبة، قبلها الخبر، فقالت «زوجت نفسي منه» ، لم يحجز وإن كان القبول بحضرة ذينك الشاهدين . وهذا قوله أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف ينمقد ، ويتوقف على إجازة النائب . وجه قول أبي يوسف : أن كلام الواحد يصلح أن يكون عقداً في باب النكاح لأن الواحد في هذا الباب يقوم بالمقد من الجانبين . كما لو كان مالكا من الجانبين ، أو وليا ، أو وكيلًا ، فكان كلامه عقداً لا شطراً فكان محتملاً للتوقف ، كما في الخلع والطلاق والإعتاق على مال .

وجه قولها : أن هذا شطر العقد حقيقة لا كله ، لأنه لا يملك كله لانعدام الولاية . وشرط العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبيع وهذا لأن الشرط لا يحتمل التوقف حقيقة ، لأن التوقف في الأصل على خلاف الحقيقة لصدوره عن الولاء على الجانبين ، فيصير كلامه بمنزلة كلامين ، وشخصه كشخصين حكماً . فإذا انعدمت الولاية ولا ضرورة إلى تعيين الحقيقة ، فلا يقف بخلاف الخلع لأنه من جانب الزوج يعين ، لأنه تعليق بقبول المرأة ، وأنه يعين فكان عقداً تاماً ومن جانب المرأة مماوضة فلا يحتمل التوقف ، كالبيع وكذلك الطلاق والإعتاق على مال ^(١) »

ويلاحظ أخيراً أن ثمة رأياً لدى الأحناف يشير ظاهره أيضاً إلى عدم اشتراط إرادة الإعلام في الإيجاب بل إلى عدم اشتراط الإعلام بركنيه السادي والمعنوي : جاء في المحيط : « وإذا قال : بت من فلان النائب . فحضر فلان المجلس ، وقال اشتريت ، يصح ^(٢) » .

وقد استشكل صاحب البحر انعقاد العقد في هذه الحالة لعدم توافر إرادة الإعلام بقوله :

« وهو مشكل ، لعدم سماع النائب كلام الحاضر ، ولعدم اتحاد المجلس ، وحله على ما إذا أعاد الإيجاب بمد حضوره بعيد كما لا يخفى ^(٣) » .

(١) البدائع ، ج ٢ ، ص ٢٣٢ ، س ٣١ .

(٢) المحيط البرهاني ، ج ٩ ، ص ٩١ ، س ٧ .

(٣) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٧٣ ، س ٢ .

(٢) تخلف إرادة الإعلام في بعض التصرفات الأحادية : رأينا سابقاً أن

إعلام الفضولي للموجه إليه التعبير الغائب بإيجاب الموجب هو إعلام باطل لأن إرادة الإعلام التي لم يعبر عنها الموجب بإرادة ظاهرة قد تخلفت ، ونستعرض هنا حالات أجاز الفقهاء فيها إعلام الفضولي في بعض التصرفات الأحادية رغم تخلف هذه الإرادة الظاهرة ، كما في حالة إعلام الفضولي ب : تعيين الوكيل وعزله ، وعزل المضارب ، وحجر العبد .

(١) تعيين الوكيل : جاء في الفتاوى الهندية : « وإذا وكل رجلاً غائباً ،

وأخبره رجل بالوكالة ، يصير وكيلاً ، سواء كان المخبر عدلاً أو فاسقاً ، أخبره من تلقاء نفسه أو على سبيل الرسالة ، صدقه الوكيل في ذلك أو كذبه ، كذا في الذخيرة^(١) . »

وجاء في تكملة رد المحتار : « ومما يرجع للوكيل أن يعلم بالتوكيل . . . ويثبت

العلم إما بالمشافهة ، أو بالكتاب إليه ، أو الرسول إليه ، أو بإخبار رجلين فضوليين أو واحد عدل أو غير عدل وصدفه الوكيل وإلا فعنده لا ، وعندها نعم^(٢) . »

وجاء في فتح القدير : « وإذا توقفت الوكالة على العلم ، فلنذكر بماذا يحصل العلم

المثبت للوكالة ، فقال كل من أعلمه بالوكالة جاز تصرفه ، بشرط كونه مميزاً ، رجلاً كان أو امرأة ، فاسقاً كان أو عدلاً ، مسلماً كان أو ذمياً . وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلاً ، لأنها تتضمن عقداً كغيره من العقود ، ولأنه تسليط على مال الغير . قلنا إنه إثبات حق ، هو أن يتصرف ، لا إلزام أمر ، فإنه مختار في القبول وعدمه^(٣) . »

(ب) عزل الوكيل : جاء في البدائع : « يخرج الوكيل عن الوكالة بأشياء منها

عزل الموكل إياه ونهيه .

ولصحة العزل شرطان : أحدهما علم الوكيل به ، لأن العزل فسخ للعقد ، فلا يلزم

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٥٦١ ، س ١ .

(٢) تكملة رد المحتار ، ج ١ ، ص ١٨٨ ، س ٢٣ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٦١ ، س ١ .

حكمه إلا بعد العلم به ، كالفسخ . فإذا عزله وهو حاضر انعزل ، وكذا لو كان غائباً فكتب إليه كتاب العزل ، فبلغه الكتاب ، وعلم بما فيه انعزل ؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر . وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة وقال : « إن فلاناً أرسلني إليك ويقول إنى عزلتك عن الوكالة » فإنه ينمزل ، كائناً ما كان الرسول ، عدلاً كان أو غير عدل ، حراً كان أو عبداً ، صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا ، لأن الرسول قائم مقام المرسل ، معبر وسفير عنه ، فتصح سفارته ، بعد أن صحت عبارته ، على أى صفة كان .

وإن لم يكتب كتاباً ، ولا أرسل رسولاً ، ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين ، أو رجل واحد عدل ، ينمزل فى قولهم جميعاً . وإن عزله الموكل وأشهد على عزله وهو غائب ، ولم يخبره بالعزل أحد ، لا ينمزل ، ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل^(١) .

وجاء فى رد المختار : « ويثبت العزل بمشافهة ، وبكتابة مكتوب بعزله - أى إن وصل إليه المكتوب - وإرساله رسولاً مميزاً عدلاً أو غيره اتفاقاً ، حراً أو عبداً ، صغيراً أو كبيراً ، صدقه أو كذبه ، إذا قال الرسول . « أرسلنى إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته » . ولو أخبره فضولى بالعزل ، فلا بد من أحد شرطى الشهادة عدداً أو عدالة كأخوات الوكالة وهى . . حجر مأذون وفسخ شركة ، وعزل قاض ، ومتولى وقف . ومتى صدق الوكيل المخبر قبل خبره ، اتفاقاً^(٢) . »

(ح) عزل المضارب . جاء فى رد المختار : « وينمزل بعزله لأنه وكيل إن علم به بخبر رجلين مطلقاً ، أو فضولى عدل ، أو رسول مميز ، وإلا يعلم لا ينمزل^(٣) . »

(د) هجر المأذونه : جاء فى البدائع : « وأما بيان ما يبطل به الإذن بعد وجوده فنقول : إن الإذن بالتجارة يبطل بعزله ، وهو الحجر فيحتاج إلى ما يصير العبد به محجوراً وذلك أنواع . والصريح نوعان : خاص وعام . ومن شرط صحة هذين

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٣٧ .

(٢) رد المختار ، ج ٤ ، ص ٤٣٣ .

(٣) رد المختار ، ج ٤ ، ص ٥١٠ .

النوعين علم العبد بهما . فإن لم يعلم لا يصير محجوراً؛ لأن الحجر منع من تصرف شرعى ، وحكم المنع فى الشرائع لا يلزم الممنوع إلا بعد العلم ، كما فى سائر الأحكام الشرعية . ولو أخبره بالحجر رجلان ، أو رجل وامرأتان عدلا كان أو غير عدل ، صار محجوراً بالإجماع . . . ولو كان المخبر رسولا يصير محجوراً بالإجماع ، صدقه أو كذبه^(١) . »

وجاء فى الجوهرة النيرة : « والحجر عليه لا يصح إلا إذا علم ، فأما إذ لم يعلم لا يصير محجوراً ، وإن حجر عليه فى سوقه وهو لا يعلم ، إن أخبره رجلان أو رجل وامرأتان عدلين كانا أو غير عدلين ، أو رجل عدل وامرأة عدلة ، صار محجوراً بالإجماع .. وإن كان المخبر رسولا صار محجوراً بالإجماع^(٢) . »

المطلب الثانى

إرادة الإعلام فى المذهب الشافعى

٩٦ - يبدو أن المذهب الشافعى لا يتطلب إرادة الإعلام فى حالة توسط السمسار بين الموجب والقابل . وصورته أن يقول المتوسط للبائع « بعت بكذا » فيقول « بعت » ثم يقول للمشتري « اشتريت بكذا » فيقول « اشتريت » وحجة هذا الرأى فى تصحيحه للعقد رغم انتفاء التخاطب أن ركن التصرف هو الصيغة وقد وجدت . أما الرأى المرجوح فيذهب إلى عدم انعقاد العقد فى حالة المتوسط ، وسنده فى ذلك انتفاء التخاطب .

جاء فى نهاية المحتاج : « لا يعتبر الخطاب فى مسألة المتوسط كقول شخص للبائع « بعت هذا بكذا » فيقول : بعت ... ويقول للآخر « اشتريت » فيقول : اشتريت . لانعقاد العقد بوجود الصيغة . فلو كان الخطاب من أحدهما للآخر لم يصح^(٣) . »

وجاء فى المجموع : « إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع « بعت بكذا » فقال « بعت » وقال للمشتري « اشتريت بكذا » فقال « اشتريت » فوجهان حكاهما

(١) البدائع ، ج ٧ ، ص ٢٠٦ ، س ٧ .

(٢) الجوهرة النيرة ، ج ١ ، ص ٣٦٦ .

(٣) نهاية المحتاج ، ج ٣ ، ص ٥ ، س ٨ .

الرافعى . أحصهما عند الرافعى وغيره الإنعقاد ، لوجود الصيغة والتراضى . والثانى لا ينمقد ، لعدم مخاطبهما^(١) .

وثمة رأى أشار إليه صاحب المجموع يشير ظاهره إلى عدم اشتراط إرادة الإعلام فى الإيجاب لغائب . جاء فى المجموع : « قال بعض الأصحاب تفرعاً على صحة البيع بالمكاتبة لو قال « بت دارى لفلان » وهو غائب . فلما بلغه الخبر ، قال « قبلت » انمقد البيع لأن النطق أقوى من البكتب^(٢) » .

٩٧ — نتهى مما تقدم إلى أن الأصل فى التعابير المتلقاة فى الفقه الإسلامى أن تكون حاوية على إرادة إعلام التعبير إلى المخاطب ، وهذا ما أشار إليه صاحب المحيط صراحة بقوله : « لأنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ^(٣) » وتنضم إرادة الإعلام هذه إلى إرادة إحداث الأثر الشرعى الداخلى فى التعبير لتكون جزءاً منها . ويتكون من مجموع الإثنين الركن المعنوى فى التصرف القانونى .

ففى التعبير المتلقى تتكون نية الالتزام من جزئين : نية تحقيق المضمون الداخلى للتعبير ، ونية إيصال التعبير إلى علم المرسل اليه ، وهذه النية الأخيرة ذاتها هى فى الواقع فيصل التفرقة بين التعبير الملقى والتعبير المتلقى^(٤) . فإذا ما جاء التعبير الأخير خالياً منها ، فقد فقد جزءاً لا يتجزأ من ركنه المعنوى ، وانهار تبعاً لذلك .

الفرع الثانى

الركن المادى فى الإعلام

٩٨ — يقصد بالركن المادى فى الإعلام الوسائل اللاحقة على الإصدار التى يواصل بها التعبير اتجاهه حتى يصل إلى المخاطب ، ويستفاد من هذا التعريف أن ثمة فاصلاً واضحاً بين جزئين متلاحقين فى التعبير : الإصدار من جهة ، ويقع فى نطاق الطرف الأول من أطراف التصرف ، وهو المخاطب . ووسائل الإعلام اللاحقة ، وهى تقع فى نطاق الطرف الثانى ، وهو المخاطب . ويعتبر انضمام هذه

(١) المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، ص ١٧٠ ، س ٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٦٧ ، س ١٩ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٩٣ ، ص ٧٩ .

(٤) التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ف ٤٣ ، ص ١٤٤ .

الوسائل الأخيرة إلى الإصدار وجهاً هاماً من وجوه افتراق التعبير الملقى عن التعبير المتلقى ، ذلك لأن الفارق بين هذين النوعين من التعابير ليس فارقاً في النية فحسب ، بل هو فارق أيضاً من حيث كم التعبير ودرجته ، وفي هذا الكم تبرز مشكلة الركن المادى فى الإعلام . وبيان ذلك ، أن التعبير الملقى اذا اكتفى بالإصدار وهو الحد الأدنى من هذا الركن المادى ، فليس يكتفى التعبير المتلقى بهذا القدر ، بل هو يتطلب امتداداً لهذا الإصدار واستطالة لوسائل التعبير بحيث تستطيع معها الوصول إلى علم المخاطب ، وبحيث تعطى لهذا الأخير جميع الوسائل اللازمة التى تمكنه من العلم به^(١) . ويعتبر الإصدار فى الواقع بمثابة انطلاق لوسائل الإعلام فى التعبير المتلقى . وهو ضرورى من ناحيتين : فهو أولاً عمل يستقل بالقيام به صاحب التعبير نفسه ، ويمكن القول بأن الإصدار يتم إذا ما أصبح وصول مضمون التعبير إلى علم الطرف الآخر غير متوقف على عمل إرادى آخر من جانب صاحب التعبير^(٢) . ولذلك فإنه فى هذه اللحظة بالذات لحظة الإصدار ، يجب أن توجد لدى صاحب التعبير نية التوجيه^(٣) . فالعمل الإرادى فى الإعلام هو الإصدار^(٤) . والإصدار ثانياً « هو عمل ينفصل به التعبير عن شخص صاحبه كى يبدأ حياة خاصة به ، أما باقى وسائل الاتصال اللاحقة فإنها تتوالى ، ولا تحتاج إلى إرادة جديدة لتكتمل طريقها . على أن التعبير وإن انفصل عن صدر عنه ، واتخذ مساراً خاصاً مستقلاً له ، فإن ذلك إنما كان بناء على إرادة من صدرت عنه . وتعتمد وسائل الاتصال اللاحقة على الإرادة الأولى التى وجهت التعبير وجهته هذه . فانفصال التعبير عن صاحبه بالإصدار هو انفصال إرادى . على أن التوجيه يمكن أن يتمم بتدخل إرادى جديد من جانب صاحب التعبير ، يهدف إلى إيقاف مسيره متى كان ذلك ممكناً^(٥) » .

(١) سالى ، م ١٣٠ ، ف ٣ .

(٢) فون تور ، ف ٢٢ ، دورما ، ف ٢٩٨ . الترجمة الرسمية ، م ١٣٠ ، ١ . سالى

التعبير عن الإرادة ، م ١٣٠ ف ١٤ . دى لاموت ، ف ١٩٦

(٣) ولعلنا نستطيع أن نشبه التعبير المتلقى بكرة تدفع على أرض ملساء . إن توجيه هذه الكرة يفتقر إلى العمل الإرادى عند دفعها فحسب ، وبعد ذلك تستقل الكرة فى متابعة منحائها بعد أن انفصلت عن الإرادة فى نقطة انطلاق مسيرها .

(٤) ديموج ، ف ٢ ، ص ١٣٤ . دورما ، ف ٢٩٠ .

(٥) التعبير عن الإرادة للدكتور وليم قلادة ، ف ٤٤ ص ١٤٦ .

المبحث الثالث

الموجه إليه التعبير المتلقى

الفرع الأول

الموجه إليه التعبير والموجه إليه الآثار الشرعية

٩٩ — إن العنصرين الميزين للتعبير المتلقى هما التوجيه والموجه إليه التعبير . وقد بحثنا التوجيه إبان دراستنا لإرادة الإعلام ؛ وننتقل الآن إلى بحث الموجه إليه التعبير ^(١) .

١٠٠ — يقصد بالموجه إليه التعبير الشخص الذى يجب ^(٢) أن يوجه إليه التعبير وظاهر من هذا التعريف أن صاحب التعبير ليس حراً فى اختيار الشخص الذى يوجه إليه تعبيره ، بل هو ملزم بتوجيهه إلى شخص معين . وهذا الإلزام فى الواقع هو فيصل الفارقة بين التعبير الملقى ، الذى يكون فيه صاحب التعبير حراً فى اختيار الشخص الذى يوجه إليه تعبيره ، وبين التعبير المتلقى ، الذى يكون فيه صاحبه ملزماً بتوجيهه إلى شخص معين ^(٣) .

(١) راجع باراسى لإعلام الارادة ، ص ٩ ، نقلاً عن دورما ص ٣١٣ .

(٢) لسنا نستطيع إطلاق تسمية « المتلقى » على الشخص الآخر الذى يوجه إليه التعبير ، لأن هذا الشخص قد لا يتلقى التعبير . وكذا ليس يسعنا تسميته « من يهيمه أمر التعبير المتلقى » لأن التعبير المتلقى ليس يعنى المخاطب فقط ، بل يعنى المخاطب أيضاً . وعدا ذلك إن المخاطب قد لا يعنيه أمر هذا التعبير ، كما لو كان هذا التعبير إيجاباً لاقى رفض المخاطب . فالتسمية الصحيحة هى إذن الموجه إليه التعبير المتلقى ، وخير منها تسمية ، **المخاطب (ف) المنشئ للتعبير المتلقى** ، ذلك لأن هذه التسمية الأخيرة تبين ما سبق أن ألقنا إليه من أن المخاطب بالتعبير المتلقى يسهم فى تكوين هذا التعبير . راجع ما سبق ف ٩٠ ، ص ٧٧ .

(٣) ويلاحظ هنا أن تسمية « التعبير المتلقى » لا تشير إلى التلقى على أنه واجب ، بل تشير إليه على أنه عمل أنجز . فهذه التسمية لاناقى الضوء إذن بشكل كاف على ضرورة التلقى كما هو شأن جملة : « التعبير الذى يستلزم الإعلام » و « التعبير الذى يستلزم التلقى » والإصطلاح الألفى « **Empfangsbedürftige** »

ويلاحظ أن الفقيه الإيطالى Barassi — وهو الذى أولى دراسة الاعلام المنشئ كبير عنايته قد أورد التحفظ السابق على الاصطلاح الإيطالى recettizze المقابل لـ « متلقى » وآثره رغم ذلك على الاصطلاحات الأخرى لبساطته (راجع دورما هامش ص ١٠٩) ونحن بدورنا جنحنا إلى إشارتنا الاصطلاح العربى الأبسط تاركين إلى التعاريف مهمة التفصيل فى إيضاح مضمونه وتحديد مداه .

١٠١ — على أن التوجيه الذى نقصده هنا - ، والذى يكمن فيه أساس التفرقة بين النوعين - إنما هو **التوجيه المادى** لحسب ، ويقصد به توجيه الإرادة فى صورتها المحسوسة والمستقلة إلى من يهتم الأمر^(١) أو بعبارة أخرى « أنه حركة محسوسة لحادث التعبير نحو الشخص الذى وجهت إليه^(٢) » . أما **التوجيه اللامادى** فهو أمر يعم كل التماير ، ويقصد به توجيه الآثار الحقوقية نحو من يهتم الأمر . وهذا ما نقصده بالتوجيه عند كلامنا عن التماير الملقاة . كما فى قولنا إن الموصى يوجه إرادته للموصى إليهم ، والتنازل عن الشفعة موجه نحو الشفيع ، والقبول الضمنى عن طريق تنفيذ العقد موجه نحو الموجب ، وما إلى ذلك .

١٠٢ — ويقابل هذا التمييز بين التوجيه المادى والتوجيه اللامادى للتعبير فى نطاق التوجيه ، تمييز آخر بين الموجه إليه التعبير ، والموجه إليه الآثار الشرعية فى نطاق الموجه إليه . ويقصد بالموجه إليه **التعبير** ، المخاطب بالتعبير باعتباره وسيلة لتحقيق بعض الآثار الشرعية . ويقصد **بالموجهة إليه الآثار الشرعية** ، بالمخاطب ، بالتعبير باعتباره الشخص الذى تنصب فى ذمته الآثار الشرعية للتصرف^(٣) . وما يميز التعبير المتلقى ليس هذا النوع الأخير من الموجه إليه الذى يعم كل التماير ، بل النوع الأول الذى ينفرد به التعبير المتلقى ويعتبر سمة الميزة .

والخلاصة أن التوجيه المادى كما أبانت عنه التفرقة الأولى ، والموجه إليه التعبير كما أبانت عنه التفرقة الثانية هما الميزان للتماير المتلقاة . أما التوجيه اللامادى ، والموجه إليه الآثار الشرعية فهما يعمان كل التماير المتلقى منها والمتلقى .

١٠٣ — والأصل أن الموجه إليه التعبير والموجهة إليه الآثار الشرعية يتلازمان . على أنهما قد ينفك أحدهما عن الآخر ، كما فى حالة النيابة ، حيث يكون النائب هو المخاطب بالتعبير ، بينما يكون الأصيل هو المخاطب بالآثار الشرعية الذى تنصب آثار التعبير فى ذمته .

(١) دورما ، ف ٢٨٩ ، ص ٣١٣ .

(٢) باراسى ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

(٣) باراسى ، ص ٥١ . دورما ، ف ٣٣٥ ، ص ٣٧١ .

١٠٤ — الموجه إليه التعبير النائب : هل يجوز لصاحب التعبير المتلقى أن يلزم

الموجه إليه التعبير أن ينبذ عنه غيره في تلقى هذا التعبير ؟ يصرح الفقهاء بأن هذا الإلزام ممكن في كل حالة يكون فيها صاحب التعبير المتلقى ملزماً بالتعبير عن الإرادة خلال فترة معينة ، كما في خيار الشرط ، حيث يلزم صاحب الخيار بأن يستعمل خياره خلال ثلاثة أيام . وتبدو فائدة هذا الإلزام في ضمانه لصحة الفسخ إذا ما صدر خلال الفترة المحددة ، لإمكان توجيهه إلى النائب بدلا من الموجه إليه التعبير الذي قد يتوارى عن الأنظار خلال هذه الفترة . جاء في فتح القدير : « ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه وكلاء ثقة ، إذا خاف الغيبة ، حتى إذا غاب يردده على الوكيل ^(١) » . وجاء في تبين الحقائق : « ولو فسخ في حال غيبة صاحبه ، وبلغه في المدة ، صح . ولو مضت المدة قبل العلم به ، تم العقد ، ولزم . والحيلة فيه أن يأخذ منه وكلاء ، حتى إذا بدا له الفسخ ، رده عليه ^(٢) » .

واقدم قال بهذا الإلزام القائلون بأن الفسخ هو تعبير متلقى رداً على حجة القائلين بأن الفسخ هو تعبير ملقى والتي جاء فيها « فلو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ ، يتضرر هو أيضاً ، لأنه يمكن أن يختفى صاحبه في المدة حتى تنقضي ^(٣) » .

بقى أن نقول هنا إن هذا النائب قد يكون اتفاقاً ، كما ر . وقد يكون قضائياً ينصبه القاضي عند غيبة الموجه إليه التعبير بناء على طلب صاحب التعبير المتلقى . جاء في تبين الحقائق : « وقال بعضهم أنه لو رفع الأمر إلى الحاكم ، وأعلمه بذلك ، ونصب من يخاصم عنه ، صح الرد عليه ^(٤) » .

وجاء في فتح القدير : « جاء إلى باب البائع ليرده ، فاخفق فيه ، فطلب من القاضي خصماً ليرده عليه . قال بعضهم ينصب نظراً للمشتري ، وقال محمد بن سلمه لا يجيبه ، لأن المشتري ترك النظر لنفسه ، حيث لم يأخذ منه وكلاء مع احتمال غيبته ، فلا ينظر له ^(٥) » .

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

(٢) تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٨ .

(٣) فتح القدير ، المرجع السابق .

(٤) تبين الحقائق ، المرجع السابق .

(٥) فتح القدير ، المرجع السابق .

الفرع الثاني

مؤيد تخلف الموجه إليه التعبير

١٠٥ — إن التعبير المتلقى الذي يصل إلى علم غير المخاطب المنشئ للتعبير المتلقى هو تعبير معدوم الأثر ، ذلك لأن هذا التعبير لا يتحقق إلا بتمام المخاطب والمخاطب على إنشائه ، فإذا لم يصل إلى علم الأول ، تعذر هذا الإنشاء ، وسقط التعبير ، واعتبر معدوماً شرعاً ، وإن كان موجوداً حساً .

١٠٦ — هاتان استثنائاه : وتتساءل هنا هل يعتبر التعبير المتلقى قائماً إذا وصل إلى علم من يتعاقد مع المخاطب المنشئ لهذا التعبير ولم يصل إلى علم المخاطب المنشئ للتعبير نفسه ؟ وبعبارة أخرى هل يجوز الخروج عن قاعدة ضرورة المخاطب المنشئ للتعبير المتلقى ؟ إن ظاهر أحكام الفقه الغربي ينفي إمكان هذا الخروج ، فهل تسمح به أحكام التعبير المتلقى في الفقه الإسلامي ؟ يبدو إن هذا الخروج ممكن في الفقه الإسلامي في حالتين وردتا على سبيل الاستثناء وهما حالتا (١) تعيين الوكيل و (٢) إذن العبد . ويستند الفقهاء عادة في تسويتهم لهاتين الحالتين الاستثنائيتين إلى قاعدة « يثبت في الضمنيات ما لا يثبت في القصدات » على أن الباعث الحقيقي الذي حدا بالفقه الإسلامي إلى هذا الخروج هو في رأينا نزعة التيسيرية وازواره عن الشككية^(١) ونستعرض فيما يلي هاتين الحالتين :

(١) تعيين الوكيل : الأصل في الفقه الإسلامي أن الوكيل لا يتم تعيينه إلا بعلمه ؛ على أن الفقهاء يخرجون عن هذا الأصل ، فيقررون صحة تعيين الوكيل إذا ما علم بالتعيين من يتعامل معه ولو أغفل إعلام الوكيل بالذات . ونستعرض فيما يلي النصوص الفقهية التي تشير إلى هذا التيسير .

جاء في البدائع : « وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة ؟ لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط . أما علم الوكيل وأما علم من يتعامل معه . وأما علم الوكيل على التعيين - بالتوكيل فهل هو شرط ؟ ذكر في الزيادات إنه شرط . وذكر

(١) سنرى أن تطلب الاعلام المنشئ هو ضرب من الشككية .

في الوكالة أنه ليس بشرط . فإنه قال . إذا قال الموكل لرجل : « اذهب بعبدى هذا إلى فلان فيبيعه فلان منك » . فذهب الرجل بالعبد إليه ، وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه ، فاشتراه منه صح شرائه ، وإن لم يخبره بذلك ، فالبيع جائز . كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع التوكيل ، وذكر في الزيادات أنه لا يجوز البيع ^(١) .

وجاء في الأشباه والنظائر : « الوكيل لا يكون وكيلا قبل العلم بالوكالة إلا في مسألة علم المشتري بالوكالة ولم يعلم الوكيل البائع بكونه وكيلا كما في البرازية . . . وأما إذا علم المشتري بالوكالة واشترى منه ، ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلا بالبيع بأن كان المالك قال للمشتري : « اذهب بعبدى إلى زيد فقل له حتى يبيعه بوكالته عنى منك ، فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل ، فباعه هو منه ، فالذكور في الوكالة أنه يجوز ، وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البائع ^(٢) » .

جاء في الفتاوى الهندية : « وإذا قال الرجل : « اذهب بثوبى هذا إلى فلان حتى يبيعه » أو « اذهب إلى فلان حتى يبيعه ثوبى الذى عنده » فهو جائز . وهو إذن منه لفلان في بيع ذلك الثوب ، إن أعلمه المخاطب بما قال المالك ، جازيعة رواية واحدة . وإن لم يعلمه ، ففيه روايتان . ولو قال : « اذهب بهذا الثوب إلى القصار حتى يقصره أو إلى الخياط حتى يخطه قميصاً » فهو إذن منه للقصار والخياط في ذلك العمل ، حتى لا يصير ضامناً بعمله بعد ذلك ، كذا في المبسوط . . . وفي وكالة الأصل ، إذا قال لعبد : اذهب إلى فلان حتى يمتك ، أو حتى يكاتبك ، فأعتقه فلان ، جاز ويصير فلان وكيلا بالاعتاق ، علم أو لم يعلم ، هكذا في الذخيرة والمحيط . وكذلك لو قال لأمراه أنطلق إلى فلان حتى يطلقك ، فطلقها فلان ، ولم يعلم ، يقع كذا في محيط السرخسى ^(٣) .

جاء في فتح القدير : « الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ ، لأنه لا يصير

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ ، س ٣٣ .

(٢) الأشباه والنظائر للحموى ، ج ٢ ، ص ١٨ .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٥٦٢ .

وكيلا حتى يعلم ... وهذا إذا ثبتت الوكالة قصداً ، أما إذا ثبتت في ضمن الأمر بالفعل ، ففيه روايتان . وذلك مثل أن يقول لعبده « اذهب الى فلان يبيعه » أو لامرأته « اذهبي الى فلان يطلقك » أو « اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منك » فذهب كما أخبره ، ففعل ، ذكر محمد في كتاب الوكالة أنه جائز . وذكر في الزيادات أنه لا يجوز ، فكان فيه روايتان . في أحدهما لا يتوقف على العلم ، وفي أخرى لا بد من العلم . وذكر في المأذون ما يوافق الأول ، وهو أنه إذا قال للناس « بايعوا عبدى فإني أذنت له في التجارة » فبايعوه ، جاز ، مع أنه لا علم للعبد بالإذن^(١) .

وجاء في العناية شرح الهدية : « وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع ، لم يجز بيعه . . . فإن قيل : إذا قال لرجل « اشتري عبدى من فلان » ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده ، صحح من غير توقف على علمه . أجيب بأنه على الروایتين . ووجه الفرق على رواية الجواز ، أنه ثبت ضمناً . والكلام في الوكالة يثبت قصداً ، وهذا كما إذا قال : « بايعوا عبدى ولم يعلم به العبد » فإن فيه روايتين . في إحداهما صحح تصرفه ، وإن لم يعلم بالإذن ، لثبوته ضمناً^(٢) . »

(٢) إزهر العبد : الأصل في إذن العبد أن يكون تعبيراً متلقياً ، لا يتم إلا بعلم العبد على أن الفقهاء قد جعلوا شريطة توجيه الإذن إلى العبد بالذات مقصورة على حالة الإذن القصدي . أما في حالة الإذن الضمني ، فقد أجازوا قيام هذا الإذن ، ولو لم يوجه إلى العبد على التعمين :

جاء في الجوهرة النيرة : « ثم إن العبد لا يصير مأذوناً إلا بالعلم ، حتى لو قال المولى « أذنت لعبدى في التجارة » وهو لا يعلم ، لا يصير مأذوناً ، كالوكالة . ولو قال : « بايعوا عبدى ، فقد أذنت له في التجارة » فبايعوه ، والعبد لا يعلم باذن المولى ، يصير مأذوناً في رواية كتاب المأذون . ومن أصحابنا من قال يكون مأذوناً من غير خلاف^(٣) . »

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٢٦ .

(٢) العناية على فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٢٦ ، ص ٣٥ .

(٣) الجوهرة النيرة ، ج ١ ، ص ٣٦٦ ، ص ١٤ .

وجاء في الدر المختار : « المأذون لا يكون مأذوناً قبل العلم به إلا في مسألة ما إذا قال «بايعوا عبدي ، فإنني أذنت له» فبايعوه ، وهو لا يعلم ، صار مأذوناً ، بخلاف قوله بايعوا ابني الصغير — وجاء في حاشية رد المختار — حاصله أن اشتراط العلم إذا كان قصدياً . فلو ضمنياً ، كهذه ، جاز بدونه . ونقل البيرى عن الولوالجية أنه لا يصير مأذوناً ، فصار فيه روايتان . . ومن المشايخ من قال لا فرق بينهما ، وهو الظاهر^(١) »

وجاء في الفتاوى الخانية : « وإنما يشترط علم العبد ليصير مأذوناً إذا كان الإذن مقصوداً ، فإذا لم يكن مقصوداً ، وإنما كان ضمناً ، بأن قال المولى لأهل السوق «بايعوا عبدي هذا » يصير العبد مأذوناً قبل العلم^(٢) » .

ويلاحظ أن الاستغناء عن توجيه التعبير المتعلق إلى شخص معين هو استثناء من القاعدة العامة ، فلا يجوز إلا بنص . وعلى هذا لا يقاس عليه الإذن الضمني للصغير . فلو قال الأب بايعوا ابني الصغير ، لا يصير مأذوناً ، ما لم يعلم بالإذن حقيقة .

جاء في البدائع : « وذكر في الزيادات فيمن قال لأهل السوق « بايعوا ابني فلاناً » فبايعوه ، والصبي لا يعلم بالإذن ، أنه لا يصير مأذوناً ، ما لم يعلم بإذن الأب^(٣) »

الفرع الثالث

تعدد الموجه إليهم التعبير

١٠٧ — يتطلب الشارع أحياناً توجيه التعبير إلى أكثر من شخص واحد ، ويعتبر التعبير غير قائم إذا لم يصل إلى علم الموجه إليهم جميعاً وذلك كما في حالة الوكالة بالخصومة ، فالموكل في هذه الحالة لا يستطيع عزل وكيله إلا بحضور الخصم . وكذلك كما في حالة التوكيل بقبض الدين ، ففي هذه الحالة أيضاً لا يستطيع الموكل عزل الوكيل إلا بحضور المدين .

جاء في حاشية الطحطاوى : « للوكيل بالخصومة عزل نفسه إذا علم موكله .

(١) ابن عابدين ، ج ٥ ، ص ١١٥ ، س ٢٧ .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ، ص ٦٢٧ .

(٣) البدائع ، ج ٧ ، ص ١٩٣ .

فإن علم المنزل ، إلا إذا تعلق به حق الغير . . فإنه لا ينعزل بعزل الوكيل الصريح
إلا بعلم الخصم ، فكذا هذا ، فتأمل !^(١) .

وجاء في مجمع الأنهر : « وفي التنوير وكله بقبض الدين ملك عزله إن كان بغير حضرة
[علم] المديون ، وإن وكله بحضرته ، لا ، إلا إذا علم به المديون . فلو دفع المديون
دينه إلى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ^(٢) »^(٣) .

١٠٨ - الإعلام العام : قد يكون الوجه إليه التعبير المتناقض أحياناً
ليس شخصاً معيناً ، ولأعدة أشخاص ، بل جمهور بكامله . وفي هذه الحالة يسمى الإعلام
إعلاماً عاماً . وهو كالإعلام الخاص جزء مقوم في التعبير لا يقوم إلا به . ولكن
كيف يتم هذا الإعلام ؟ وهل يشترط علم كافة الجمهور حقيقة ؟ وماهى التعبيرات التى
يشترط فيها الإعلام العام فى الفقه الإسلامى ؟

(١) لعلنا نجد فى نطاق القانون الخاص فى الفقه الإسلامى تمييزين نموذجيين
يكون فيهما الإعلام عاماً وهما إذن العبد وحجره ، وفى نطاق القانون العام نجد فى
الفقه الإسلامى مثالا نموذجيا للإعلام العام وهو تنفيل الإمام فى القتال^(٤) .

(١) حاشية الطحطاوى ، ج ٣ ، ص ٢٨٧ ، س ٢٦ .

(٢) مجمع الأنهر ، ج ٢ ، ص ٢٤٧ ، س ١٧ .

(٣) وفى نطاق القانون العام لا ينتج التعبير المتناقض أثره إلا إذا وجه إلى شخص معين بالذات ،
أما إذا وصل إلى علم الغير فلا ينتج أثره ، كما لو عزل السلطان قاضياً ؟ فما لم يعلم هذا القاضى
بعزله لا يعتبر العزل قائماً حتى ولو علم به المتخاصون أنفسهم . وقد ذهب صاحب البحر الرائق
فى هذه الحالة إلى إعمال التعبير فى نطاق الحكم الديانى وإعماله فى نطاق الحكم القضائى ، على أن
هذا رأى لم يسد ، لمخالفاته طبيعة التعبير المتلقى ، الذى كما رأينا لا يقوم إلا إذا علم به الوجه إليه
التعبير المقصود به .

جاء فى البحر الرائق : « وإذا عزل السلطان القاضى لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر كالوكيل ...
وينبغى أن الخصم لو علم بعزله ولم يعلم القاضى أنه لا ينفذ حكمه لعله أنه غير حاكم باطلاً ولم أره ! »
وقد اعترض ابن عابدين فى حاشيته على البحر الرائق على صاحب البحر بقوله « ظاهر ما مر أنه
لا ينعزل ظاهراً ، ولا باطلاً ، وذلك مناف لما بحثه المؤلف . تأمل ! (البحر الرائق ، ج ٦ ،
ص ٢٥٩ ، س ١٨) » .

(٤) جاء فى البدائع « وأما النفل فى اللغة فعبارة عن الزيادة . . وفى الشريعة عبارة عما
خصه الإمام لبعض الغزاة تحريضاً لهم على القتال . أسمى نفلاً لكونه زيادة على ما يسهم لهم فى
الغنيمة . والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة . نحو أن يقول الإمام : من أصاب شيئاً فله ربه =

(٧ - التعبير عن الإرادة)

(ب) والظاهر أن علم كافة الناس بهذه الأنواع من التعميرات ليس مشروطاً ، بل يكفي فيها علم أكثر الناس وشيوع الخبر بينهم^(١) :

جاء في الفتاوى الخانية : « وإذا حجر على عبده المأذون إذا كان الإذن عاماً مشهوراً عند أهل السوق أيضاً ، فإنما يصح الحجر إذا كان مشهوراً عند أهل السوق أيضاً^(٢) » .

وجاء في ابن عابدين : « وينحجر بحجره إن علم هو نفسه ، لدفع الضرر عنه . وأكثر أهل السوق ، إن كان الإذن شائعاً فلو حجر عليه بمحضرة الأقل ، لم يعد محجوراً عليه . حتى لو بايعه من علم منهم ، ومن لم يعلم ، جاز البيع لأنه لما صار مأذوناً له في حق من لم يعلم ، صار مأذوناً ، في حق من علم أيضاً . لأن الحجر لا يقبل التخصيص ولا يتجزأ ، كالإذن ثبت بهذا عدم صحة الحجر الخاص ، وأن من شرط صحة الحجر التعميم^(٣) » .

ويستفاد من كلام ابن عابدين الأخير أن شريطة علم أكثر الجمهور بالحجر هي شريطة ركنية بحيث إذا تخلفت لم يكن للحجر أى أثر ، وجاز للمأذون تبعاً لذلك التعامل حتى مع من سمع الحجر ، لأن هذا الحجر يعتبر بمثابة إرادة لما تم بعد .

(ج) ويشير السكاساني إلى صورة الإعلام العام فيقول : « وأما بيان ما يظهر

== أو ثلثه . أو قال « من أصاب شيئاً فهو له » أو قال « من أخذ شيئاً أو من قتل قتيلاً فله سلبه » أو قال لسرية « ما أصبتم فلكم ربه أو ثلثه » أو قال « فهو لكم » وذلك جائز ، لأن التخصيص بذلك تبريض على القتال ، وإنه مشروع ومندوب إليه . لقوله تعالى « يا أيها النبی حرّض المؤمنین علی القتال » راجع ما سبق ، ف ١٠ ص ١١ .

(١) وفي نطاق القانون العام ليس يشترط والتنفيذ ، وهو تعبير مطلق ، لإسماع الكافة . جاء في رد المحتار ، ج ٣ ، ص ٣٣٠ ، س ٢٢ « وسماع القاتل مقالة الإمام ليس بشرط في استحقاقه ما نقله إذ ليس في الوسم إسماع الكل » وجاء (ص ٣٣٩ ، س ٥) : « ولو نفل السرية الربع . فلهم النفل استحساناً ، والقياس أنه لا نفل لهم ، لأن المقصود التجريض ، ولا يحصل إذا لم يسمعه أحد منهم .. وجه الاستحسان ، أن ما يتكلم به في عسكره يفشو عادة » وجاء في البحر الرائق (ج ٥ ، ص ٩٣ ، س ٦) « ولا يشترط في استحقاق السلب سماع القاتل مقالة الإمام : حتى لو قتل من لم يسمع ، فله السلب ، لأنه ليس في وسم الإمام لإسماع الأفراد ، وإنما في وسعه إشاعة الخطاب ، وقد وجد » .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ، ص ٦٢٧ .

(٣) ابن عابدين ، ج ٥ ، ص ٦٠٨ ، س ١٤ .

به الإذن بالتجارة فنقول ما يظهر به الإذن بالتجارة نوعان : أحدهما من جهة المولى ... أما الذى من جهة المولى فهو تشهيره بالإذن وإشاعته بأن ينادى فى أهل السوق « إني قد أذنت لعبدى فلاناً بالتجارة فبايموه » وهو المسمى بـ « الإذن العام »^(١)

المبحث الرابع

وقت تمام التعبير المتلقى

الفرع الأول

مفهوم تمام التعبير

١٠٩ — لسنا نستطيع أن نحدد الوقت الذى يتم فيه التعبير المتلقى دون أن نحدد بادية ذى بدء المقصود من تمام التعبير. ونستطيع أن نحدد تمام التعبير بقولنا : أنه استكمال جميع الوقائع التى تكونه^(٢) ويعتبر الوقت الذى يستجمع فيه التعبير جميع الشرائط الجوهرية والضرورية لقيامه نقطة انتهاء لوجوده الحسى ، وهو فى نفس الوقت يعتبر نقطة انطلاق لوجوده الشرعى ، ذلك لأن هذا الوجود الأخير لا يتحقق إلا بعد تحقق الوجود الأول ، وليس يفصل بين هذين الوجودين سوى فاصل وهمى لأنهما فى واقع الأمر متصلان .

١١٠ — تمام التعبير وإنشائه أثره : الأصل أن التعبير إذا كان منجزاً ينتج أثره بمجرد تمامه . على أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات مختلفة ، منها ما يجعل إنتاج التعبير لأثره سابقاً لتمام التعبير ، ومنها ما يجعل هذا الإنتاج لاحقاً له .

(١) تقدم إنتاج الأثر على تمام التعبير : إذا ألقينا نظرة على النص الذى سبق أن نقلناه عن قواعد ابن رجب نجد أن الفقيه الحنبلى قد أشار إلى حالات يسبق فيها الأثر مصدره ، كما فى حالة عتق العبد أثناء مدة الخيار^(٣) على أن هذه الاستثناءات التى عددها ابن رجب محدودة جداً . لأنها تتضمن خروجاً بيّناً على القاعدة الفلسفية

(١) البدائع ، ج ٧ ، ص ١٩٤ ، س ١٢ .

(٢) دورما ، ف ٢٦٧ ص ٢٨٨ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٨٠ ، ص ٦٧ .

التي تقضى بتقديم السبب على مسببه ، والقاعدة الفقهية التي تقضى بتعاصر تمام التعبير وإنتاجه لأثره .

(٢) نراعى إنتاج الأثر عن تمام التعبير : وقد يتراخى إنتاج الأثر عن تمام التعبير أحيانا كما لو كان ثمة شرائط أخرى ضرورية يجب أن تنضم إلى التعبير لكي يولد أثره . وهذا ما نلمسه في بعض القروض التي استعرضها الفقيه ابن رجب في نصه الآنف الذكر ، فقد جاء فيه : « قاعدة في بيان الوقت الذي يثبت فيه أحكام الأسباب من المعاملات للأسباب مع أحكامها أحوال : أحدهما ما تقتزن أحكامه بأسبابه كالأفعال . . المثال الرابع ما يتعلق عليه طلاق أو إعتاق كالأكل والشرب ودخول الدار فإن أحكامه ترتب عليه ، مقرونة به ^(١) » . وكما هو الحال في الوصية أيضاً فإن إنتاجها لأثرها يتم بمجرد وفاة الموصى ، وقبول الموصى له أو عدم رده . وكما هو الحال في الإيضاء ، كأن تحمل فلاناً وصياً على أولادك فهو لا يفيد أثره إلا بعد موت الموصى . وكذلك الهبة فإنها تنعقد في الفقه الإسلامي — وخلافاً للتشريع الوضعي — بمجرد الإيجاب والقبول ^(٢) على أن إنتاجها لأثارها لا يتم إلا بالقبض ، فمندها يملك الموهوب له الهبة . أما قبل ذلك ، فليس يسمه إجبار الواهب على التسليم ، لأن الهبة لما تنتج آثارها . ونستخلص مما تقدم ضرورة التفرقة بين التعبير ومجموع الشرائط المكونة للتصرف ، واعتبار انقذاح الأثر معاصراً لتمام مجموع الشرائط الضرورية دون تمام التعبير . ومما ينبغي لفت النظر إليه هنا وجوب التفرقة بين العقد الموقوف والعقد المضاف

(١) المرجع السابق .

(٢) ومثل الهبة الصدقة والعارية والوديعة والرهن والقرض . وتعرف هذه بالعقود العينية في الفقه الغربي . وقد أشار أستاذنا الشيخ على الحفيف إلى أن الشركة والمضاربة في حكمها . ويلاحظ أن المالكية قد جعلوا تمام بعض هذه العقود معاصراً لإنتاجها لكافة آثارها ، أو لبعض هذه الآثار . من ذلك مثلاً أن الهبة ترتب عليها آثارها عندهم بمجرد صدور الصيغة . فيتملك الموهوب له العين الموهوبة ، ويطالب الواهب أن يسلمها إليه وغاية الأمر أن القبض يمنع بطلان الهبة بموت الواهب أو بإحاطة الدين به ؛ وكذا العارية يترتب أثرها بمجرد صدور الصيغة . وكذا الرهن يلزم بمجرد صدور الصيغة ، فيكون لصدورها أثر هو مطالبة المرتهن بتسليم العين المرهونة ؛ ومع هذا يرى المالكية أن الرهن لا يتم إلا بالقبض للآية . وكذا القرض يلزم بمجرد القول عند مالك . فإذا صدرت الصيغة ، كان للمقترض إجبار المقرض على دفع ما انفق عليه من المال . (راجع حكم نية المذاهب الإسلامية في العقود العينية في أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا الشيخ على الحفيف طبع ٩٤٧ ص ٢٥٤) .

إلى زمن مستقبل إذا ما صدر ممن له ولاية إصداره . فقد يظن أن آثار العقد المضاف لا ترتب عليه كالموقوف ، وليس كذلك فإن إرجاء آثاره إلى الوقت المعين أثر من آثار نفاذه في الحال ، فهو لذلك من العقود النافذة^(١) .

١١١ - **تحماس التعبير ولزومه** : الأصل أن يتعاصر لزوم التعبير مع تمامه على أنه لما كان مؤدى اللزوم هو حرمان صاحب التعبير من الرجوع في تعبيره الذي تماسك وأفاد أثره بمجرد تمامه ، فكان طبيعياً أن تتاح الفرصة دوماً لصاحب التعبير أن يعدل عن تعبيره ، قبل هذا التمام ، على أن ثمة حالات يتراخى فيها اللزوم عن التمام كما في حالات الإيجاب ، والوصية ، ففي الإيجاب مثلاً يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل تمامه الذي يتحقق باتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه ولسنا نجد في هذا العدول خروجاً عن القاعدة العامة التي تقضى بتعاصر اللزوم والتمام . أما إذا اتصل الإيجاب بعلم الموجب إليه ، فإن الإيجاب يصبح تاماً . ومع ذلك لا يكون ملازماً للموجب ، فلهذا الأخير أن يرجع فيه . وفي هذه المكنة نجد خروجاً عن الأصل الذي قررناه في تعاصر التمام واللزوم . ويلاحظ هنا أن تراخى لزوم الإيجاب قد يمتد إلى حين انقضاء مجلس العقد لدى القائلين بنظرية خيار المجلس ، ويشاركه في هذا القبول . وإلى جانب الإيجاب نجد الوصية أيضاً إذ يتراخى لزومها عن تمامها إلى حين الوفاة .

١١٢ - **لزوم التعبير وإنتاجه لأثره** : ثمة تلازم واضح بين إنتاج التعبير لأثره ولزومه ، ذلك لأن هذا الإنتاج يعتبر نقطة انطلاق لارتباط الطرفين بالمقد وعدم إمكان كل منهما التحلل من رابطة العقد بمجرد إرادته ودون توقف على رضى الطرف الآخر . وهذا المعنى الأخير هو ما يقصد باللزوم . ولئن كان إنتاج التعبير لأثره ولزومه يتلازمان أصلاً ، فقد ينفك أحدهما عن الآخر ، ونستعرض هنا حالتين لهذا الإنفكاك :

(١) **تقدم اللزوم على إنتاج الأثر** : قد يسبق اللزوم إنتاج الأثر كما في حالة الإيجاب الملزم الذي أخذه مذهب مالك . جاء في الخطاب : « لو رجع أحد المتبايعين

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، ص ٣٥٧ .

عما أوجبه لصاحبه ، قبل أن يجيبه الآخر ، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول^(١) » وكذا عقد النكاح فإنه لازم في حق الفضولي الذي تولاه ، رغم عدم نفاذه قبل إجازة ذى الشأن^(٢) .

(٢) نراضى اللزوم عن إنتاج الأثر : الأصل أن المقد الذى ولد أثره ، لا يمكن الرجوع عنه ، على أنه ثمة حالات نادرة جدا يسع صاحب التعبير فيها أن يرجع عن تعبيره رغم إنجابه لأثره . كما فى حالة الموصى له الذى يرد الوصية بعد القبول ، فهذا الرد يعتبر رجوعاً عن القبول الذى ولد آثاره مستندة إلى حين الوفاة حيث يتملك الموصى له ثمار الموصى به من ذلك الحين ، فإذا مارد الوصية ، فالأصل أن يلغو هذا الرد ، لأن الوصية غدت لازمة فى حقه ، ومع هذا فقد أجاز قانون الأحوال الشخصية السورى فى مادته ٢٢٩ قيام هذا الرد ، رغم تراخيه عن إنتاج القبول لأثره^(٣) وثمة استثناء آخر ذكره ابن قاضى سماوة يجوز للفاسخ أن يرجع عن فسخه رغم لزومه وإنتاجه لأثره فقد جاء فى جامع الفصولين : « أجاز بعد الفسخ ، وقبل المشتري ، جاز استحساناً^(٤) »

ويلاحظ هنا أن ثمة حالات يلد المقد فيها مساوب اللزوم . كحالة العقود غير اللازمة ، وهى لا تعتبر استثناء من الأصل الذى قررناه ، لأن انفكالك اللزوم فيها عن إنتاج الأثر هو انفكالك طبيعى .

الفرع الثانى

وقت تمام التعبير المتلقى

١١٣ — إن وقت تمام التعبير المتلقى فى الفقه الإسلامى ليس هو وقت وصوله إلى المخاطب ، ولا وقت سماعه له ، بل هو وقت فهمه وإدراكه .

(١) شرح الخطاب ، ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ، للأستاذ على الحقيف ، ص ٣٤١ .

(٣) جاء فى المادة ٢٢٩ من ق . أ . ش « لا عبرة لقبول الوصية بعد الرد ، ولا لارد بعد القبول إلا أن يقبل الورثة . » ويلاحظ هنا أن المادة ٧٩٠ من القانون الفرنسى تسمح للوارث أن يقبل التركة بعد ردها رغم صيرورته غريباً عن التركة بهذا الرد . ويقول الفقيه دوموغ فى هذا الصدد إن الصياغة الفقهية تمنح أمام الاعتبارات العملية . راجع دورما ، ف ٢٧٢ ، ص ٢٩٤ .

(٤) جامع الفصولين ، ج ١ ، ص ٢٤٢ ، ص ٣٢ .

جاء في البدائع : « وكذا لو كان [الوكيل] غائباً فكتب إليه كتاب العزل ، قبله الكتاب ، وعلم بما فيه انعزل ^(١) » .

وجاء في البحر الرائق : « وشرط في الحاوى القدسي السماع والفهم ^(٢) » .
ويستفاد من هذين النصين بوضوح أن وصول التعبير غير كاف لقيام التعبير المتلقى بل لابد من سماعه وفهمه . ويعتبر هذا الفهم هو الغاية التي يجب أن تنتهي إليها وسائل الإعلام . إذ بدونه لا تعتبر وسائل الإعلام موجودة شرعاً ، ويتخلف الركن المادى للإعلام تبعاً لتخلف هذه الوسائل ، وينهار التعبير المتلقى عندها تبعاً لعدم توافر إعلامه المنشئ . ويترب على ما تقدم أن التعبير المتلقى لا يقوم إذا كتب بلغة يسع المخاطب به قراءتها ولا يسعه فهمها .

المطلب الأول

تعاصر تمام التعبير المتلقى وإنتاجه لأثره

١١٤ - إن آثار التعبير المتلقى تنقذ حالاً يستكمل هذا التعبير وسائل إعلامه أما قبل هذا الاستكمال فإن التعبير المتلقى يعتبر نية مضمرة ، ليس من شأنها أن تولد أثراً . ويعتبر تراخى انقذاح آثار التعبير المتلقى إلى حين تمام وسائل إعلامه مظهرًا من مظاهر الإفتراق بين التعبير المتلقى والتعبير الملقى ، ذلك لأن هذا الأخير هو خال أصلاً من وسائل الإعلام ويعتبر صدوره كافياً لانقذاح الأثر . ونستعرض فيما يلي نصوصاً فقهية تشير بوضوح إلى توقف آثار التماير المتلقاة على توافر علم المخاطبين بها .

(١) تعيين الوكيل : جاء في الفتاوى الهندية : « وعلم الوكيل بالوكالة شرط لعمل الوكالة حتى أن من وكل غيره ببيع عبده ، أو بطلاق امرأته ، والوكيل لا يعلم ، فطلق أو باع ، لا يجوز بيعه ولا طلاقه ، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير ، كذا في المحيط والخيرة إذا وكل انساناً لا يصير وكيلًا قبل العلم ، وهو المختار ^(٣) . »

(١) البدائع ، ج ٦ ، ٣٧ ، س ١٥ .

(٢) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٦٦ ، س ٢٤ .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٥٦٢ .

وجاء في البدائع : « لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط .. حتى لو وكل رجلاً ببيع عبده . فباعه الوكيل من رجل قبل علمه ، وعلم الرجل بالتوكيل ، لا يجوز بيعه ، حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة^(١) » .

وجاء في الفتاوى الحانية « رجل أودع رجلاً ألفاً » ، ثم قال في غيبة المودع « أمرت فلاناً أن يقبض ألف التي هي وديعة لى عند فلان » ، ولم يعلم المأمور بذلك إلا أنه قبض ألف من المودع ، فضاعت ، فلب الوديعة الخيار ، إن شاء ضمن الدافع ، وإن شاء ضمن القابض^(٢) .

وجاء في العناية شرح الهداية : « وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه^(٣) » .

(ب) عزل الوكيل : جاء في البدائع : « وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به ، فباع الوكيل ، وقبض الثمن ، فهلك الثمن في يد الوكيل ، ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري ، كان للمشتري أن يرجع بالثمن على الوكيل ، ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء ، لأن العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم^(٤) . »

جاء في فتح القدير : « قال القدوري في مختصره فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه ، فهو على وكالته ، وتصرفه جائز حتى يعلم الوكيل عزله^(٥) . »

جاء في الجوهرة النيرة : « وإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم . . . فعلى هذا إذا وكله ببيع عبد ، ثم عزله ، وهو لا يعلم ، فباع الوكيل العبد ، وقبض الثمن ، فهلك في يد الوكيل ، ومات العبد في يد الموكل قبل أن يسلم إلى المشتري ، فإنه يرجع بالثمن على الوكيل ، ويرجع الوكيل على مولى العبد ، لأنه لم ينعزل ، فما تصرف فيه فهو على موكله ، وما لزمه من الضمان يرجع به عليه^(٦) . »

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ ، س ٣٣ .

(٢) الفتاوى الحانية ، ج ٣ ، ص ٥ ، س ٣٦ .

(٣) العناية شرح الهداية على فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٢٦ ، س ٣٤ .

(٤) البدائع ، ج ٦ ، ص ٣٧ .

(٥) فتح القدير ، ج ٦ ، ص ١٢٥ ، ١٤ .

(٦) الجوهرة النيرة ، ج ١ ، ص ٣٠٤ .

وجاء في المادة ١٥٢٣ من المجلة : « وإذا عزل الموكل الوكيل فيبقى على وكالته إلى أن يصل إليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً إلى ذلك الوقت ^(١) »

(ج) مخرج المأذون : جاء في رد المختار : « فلو لم يعلم [العبد المأذون بالحجر] فاشترى وباع كان مأذوناً والحجر باطل ، لأن حكم الحجر لا يلزم إلا بعلمه ^(٢) . »

(د) مخرج المربع : وجاء في البحر الرائق : « لا يحجر عليه بسبب الدين .. وهذا عند الإمام .. وعندهما يجوز الحجر عليه .. وفي التتار خانية يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجوراً عليه ^(٣) . »

(هـ) تفويض المرأة بالطرق : جاء في البدائع : « ولو جمل الأمر بيدها وهي غائبة أو حاضرة لم تسمع ، لا يصير الأمر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر ، فإذا علمت بالتخيير صار الأمر بيدها في أي وقت علمت ، إن كان التفويض مطلقاً عن الوقت ، وإن كان مؤقتاً بوقت ، وعلمت في شيء من الوقت ، صار الأمر بيدها . فأما إذا علمت بعد مضي الوقت ، لا يصير الأمر بيدها بهذا التفويض أبداً ، لأن ذلك العلم لا ينفع ^(٤) . »

المطلب الثاني

تعاصر تمام التعبير المتلقى ولزومه

١١٥ - لنن كان استكمال التعبير المتلقى لوسائل إعلامه ، وتماحه من ثم ، يؤذن كما رأينا بانصراف آثار التعبير إلى المخاطب بهذا التعبير والمخاطب به فهو في نفس الوقت يؤذن بلزوم هذا التعبير ، ويحول دون قيام صاحبه بالعدول عنه بعيد هذا اللزوم ، ونستعرض فيما يلي نصوصاً فقهية تشير بوضوح إلى تعاصر لزوم التعبير المتلقى وتماحه :

(١) راجع م ٧١٦ من القانون المدني السوري .

(٢) ابن عابدين ، ج ٥ ، ص ١٠٨ ، س ١٤ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ، ص ٨٣ . نقلاً عن مصادر الحنفية ، ج ٥ ، ص ١٢٧ .

(٤) البدائع ، ج ٣ ، ص ١١٣ ، س ٢٤ .

(١) رد الوكالة : جاء في الفتاوى الهندية : « الوكيل إذا رد الوكالة ترتد ، هذا إذا علم الموكل بالرد ، وأما إذا لم يعلم ، فلا ترتد ، حتى أن من وكل غائباً ، فبلغه الخبر ، فرد الوكالة ، ولم يعلم الموكل به ، ثم قبل الوكالة ، صح قبوله ، وصار وكيلاً^(١) . »

(ب) الفسخ بجمار الشرط : جاء في رد المختار : « ولو أجاز البيع بعد فسخه ، قبل أن يعلم المشتري ، جاز ، وبطل فسخه ، ذكره الإسيبيجاني يعني عندهما^(٢) . »
وجاء في البحر الرائق : « وكذا إذا أجاز البائع بعد فسخه ، قبل أن يعلم المشتري جاز ، وبطل فسخه ذكره الاسبيجاني^(٣) . »

وجاء في المبسوط : « اختار ردها على البائع بغير محضر [علم] منه ، فليس ذلك بشيء ، وله أن يرضى بعد ذلك ، ما لم يعلم البائع بفسخه^(٤) . »
وجاء في البدائع : « وكذا لو أجاز الفاسخ العقد بعد فسخه ، وقبل علم صاحبه ، جازت إجازته ، ولزم العقد ، وبطل فسخه^(٥) . »

(ج) إزوه العبد : جاء في الفتاوى الخانية : « المولى إذا أذن لعبيده الغائب لا يصير مأذوناً قبل العلم ، وإذا علم يصير مأذوناً . وكذا لو حجر على عبده المأذون الغائب ، لا يصير محجوراً قبل العلم . ولو أذن المولى لعبيده الغائب ، ثم حجر عليه قبل أن يعلم ، ثم علم العبد بالإذن السابق ، لا يصير مأذوناً^(٦) . »

ويلاحظ من النصوص السابقة أن التعبير المتلقى الذين لما يصل إلى علم المخاطب ، هو تعبير مهدر ، لأن الركن المادى فيه قد تخلف ، ولهذا جاز في الأمثلة السابقة : للوكيل أن يقبل الوكالة بعد ردها ، ولصاحب الخيار أن يجيز العقد بما

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٦٣٩ ، س ٣٢ .

(٢) رد المختار ، ج ٤ ، ص ٥٧ .

(٣) البحر الرائق ، ج ٦ ، ص ١٧ ، س ١٤ .

(٤) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٤ .

(٥) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٧٣ .

(٦) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ، ص ٦٢٧ ، س ٣ .

ففسخه ، وللمولى أن يجبر على العبد قبل علمه بالإذن ، لأن كلا من الرد والفسخ والإذن لم يصل إلى علم المخاطب به^(١) .

الفرع الثالث

العوارض التي تعترض التعبير قبل تمامه

١١٦ - رأينا سابقاً متى يصبح التعبير المتلقى تاماً لازماً لا رجعة فيه . ونتكلم الآن عن الأسباب الخارجية التي تعرض لهذا التعبير قبل بلوغه غايته وتحول دون تحقيقه . ويمكننا أن نقسم هذه الأسباب إلى أسباب تتمصل بإرادة صاحب التعبير كالرجوع وأسباب خارجة عن إرادته ، كال موت ، وفقد الأهلية .

المطلب الأول

الرجوع

١١٧ - يمكننا أن نميز بين أنواع ثلاثة للرجوع في الفقه الإسلامى :

(١) رجوع عن تعبير ناقص : كما هو الحال في الإيجاب الذى لما يصل إلى عام الموجب إليه ، حيث يجوز للموجب الرجوع عن التعبير ، ويسمى أستاذنا الدكتور السنهورى الرجوع في هذه الحالة « عدولا »^(٢) .

(٢) رجوع عن تعبير تام لما ينتج آثاره : كحالة الإيجاب الذى اتصل بعلم الموجب إليه ، ولما يقترن بالقبول ، وحالة الوصية .

(١) وفي نطاق القانون العام يعتبر رد القاضى لتعيينه تعبيراً متلقى ، للقاضى الرجوع فيه ما لم يصل إلى علم السلطان . جاء في الفتاوى الهندية (ج ٣ ، ص ٣١٨ ، س ٩) : السلطان إذا قلد رجلاً ، فرد القاضى . إن قلده مشافهة ، ليس له أن يقبل بعد ما رد . وإن قلده مغابية بأن بعث إليه مذكوره فرد ثم قبله ، فله ذلك . وإن كان التقليد بالرسالة ، فرده ، كان له أن يقبل بعد ذلك ، ما لم يعلم السلطان بالرد » ويلاحظ أن عزل القاضى نفسه هو تعبير متلقى . جاء في المرجع السابق : القاضى إذا قال « عزلت نفسى » أو « أخرجت نفسى عن القضاء » وحسم السلطان ينزل ، أما بدون السماع ، فلا .

(٢) الوسيط ، ج ١ ، ص ١٨٤ .

(٣) رجوع عن تعبير تام أنتج آثاره : كحالة العقود غير اللازمة حيث يجوز لأحد العاقدين أو لكليهما الرجوع عن العقد الذي ولد آثاره .

وبلاحظ أن الرجوع عن العقد غير اللازم هو تعبير متلق في الفقه الحنفي كمثل الوكيل بخلاف الرجوع عن الإيجاب في التعاقد بين الغائبين ، والرجوع عن الوصية فإن الإجماع في هذا المذهب على أنهما تعبيران متاقمان أما الرجوع عن الإيجاب في التعاقد بين الحاضرين ، فقد اختلفت الأنظار فيه ، فالبعض يرى أنه تعبير ملق ، والبعض الآخر يرى أنه تعبير متلق .

النصوص الفقهية :

الرجوع في التعاقد بين الحاضرين : جاء في الفتاوى الهندية : « وللموجب أيا كان أن يرجع قبل قبول الآخر ، هكذا في النهر الفائق . ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب كذا في التتارخانيه ، وفي اليتيمة يصح الرجوع وإن لم يعلم ، الآخر كذا في البحر الرائق . لو قال البائع : بعت منك هذا العبد بكذا . ثم قال : رجعت . ولم يسمع البائع ، وقال المشتري : اشتريت . ينمقد البيع ، كذا في الظهيرية ^(١) . »

الرجوع في التعاقد بين الغائبين : جاء في البدائع : « ولو كتب شطر العقد ثم رجع ، صح رجوعه ؛ لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب . ولو خاطب ، ثم رجع ، قبل قبول الآخر ، صح رجوعه ، فهنا أولى . كذا لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وإذا احتمل للرجوع ، فهنا أولى . وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ^(٢) . »

وجاء في تبين الحقائق : « ويصح رجوعه عن ذلك [الإيجاب] بعدما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الآخر ، سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما إذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا ينمزل ^(٣) . »

وجاء في فتح القدير : « ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٨ .

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٨ .

(٣) تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ٤ .

وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أو لم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع^(١) .

المطلب الثاني

أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير المتأق

١١٨ — ثمة رأيان في الفقه الإسلامى فى صدد صلة التعبير بصاحبه: رأى يقول إن التعبير عن الإرادة يتبع صاحبه بعد صدوره عنه وقد قال به جمهور أهل السنة ، ورأى يقول إن التعبير عن الإرادة يستقل عن صاحبه رغم صدوره عنه ، وقد قال بهذا الرأى المذهب الإباضى . ومقتضى الرأى الأول أن التعبير عن الإرادة يسقط بمجرد وفاة صاحبه أو فقدته لأهليته قبل وصول التعبير إلى علم من وجه إليه . ومقتضى الرأى الثانى أن يظل التعبير قائماً ينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه رغم وفاة صاحبه أو فقدته لأهليته ويبدوا أن حجة الرأى الأول أن الإرادة وإن خرجت من صاحبها تظل لصيقة به ، تموت معه ، وتزول بفقدته لأهليته . فالإرادة المحضة ليس يسعها الانتقال إلى خلف صاحبها ، وليس يسعها أيضاً الانتقال إلى ممثله الشرعى إذ ليس من شأنهما تلقى التصرفات التى لما يتم تكوينها . أما حجة الرأى الثانى فهى كما يظهر أن صاحب التعبير قد عمل كل ما فى وسعه قبل الإصدار ليكمل التعبير صحيحاً ، والتعبير إذ ينفصل عن صاحبه يكون له وجود مستقل فيجب تبعاً لذلك أن ينتقل إلى الوارث بالحالة التى كان عليها عند موته وما دام أن الموجب « كان يستطيع الرجوع فى هذا الإيجاب ، ما دام أن القبول لم يقترن به ، وأن الإيجاب لم يكن ملزماً . فلا جرم يكون للورثة أن يرجعوا فى هذا الإيجاب ، أسوة بما كان يستطيع مورثهم أن يعمل ، لو كان حياً^(٢) . »

النصوص الفقهية

(١) الرأى القائل بتبعية التعبير لصاحبه :

جاء فى الفتاوى الهندية : « ويشترط لصحة القبول حياة الموجب ، فلو مات قبله بطل الإيجاب . كذا فى النهر الفائق^(٣) . »

(٢) حجازى ، ف ٣٠٤ ، ص ٢٢٦ .

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٩ .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٧ .

وجاء في رد المحتار : « قال في البحر والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض وبرجوع أحدهما عنه ، وبموت أحدهما ، ولذا قلنا إن خيار القبول لا يورث^(١) »

هذا ويبدو أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد جنح الى الرأي القائل بسقوط التعبير بفقد صاحبه أهليته . جاء في المادة ١١ منه : « يبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل ما يفيد الإعراض »

(ب) الرأي القائل باستفاد التعبير عن صاحبه

جاء في النيل : « وإن تجنن مشتر قبل قبول ، علق البيع ، وخليفته بمقامه إن كانت ، وإلا أجبر أولياؤه باستخلاف عليه إن طلب البائع في الأظهر . وإن مات فوارثه بمقامه . وجاز قبوله إن ارتد أيام استنابته وبمدها إما مسلم أو مقتول ، إن لم يكن المبيع رقيقاً أو مصحفاً أو آلة ضرب^(٢) » .

وجاء أيضاً : « ومن باع فوات أو جن أو ارتد ، فبداله ، علق المشتري ، وخير^(٣) » .

الفرع الرابع

تكون العقد

١١٩ — وننتقل هنا إلى بحث مسألة هامة ذات صلة وثيقة بوقت تمام التعبير ، تلك هي مسألة تكون العقد . فما هي علاقة هذه المسألة بتقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة ؟ الواقع أن العقد يتم عادة عند تمام القبول ذلك لأن الإيجاب والقبول ليسا متعاصرين بل هما يصدران تترى ورافق تمام العقد التعبير المتأخر منهما زمناً ، فلسكي نتعرف على زمان انعقاد العقد ، يجب أن نعلم أولاً زمان تمام القبول ولسكي نعرف متى يتم

(١) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٢٩ .

(٢) النيل ، ج ٢ ، ص ١١ .

(٣) المرجع السابق . راجع أيضاً مصادر الحق للسنهوري ج ٢ ، ص ١٣ .

القبول ، يجب أن نعلم بادية ذى بدء أهو تعبير ملقى أو تعبير متلقى ؟ فإذا كان تعبيراً ملقى ، تم العقد بمجرد علم المخاطب به . ومن هنا جاءت الصلة بين تسكون العقود وتقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة .

وسنبحث فيما يلي أولاً : متى يتم التعاقد بين حاضرين ؟ ثانياً : متى يتم التعاقد بين غائبين ؟

المطلب الأول

متى يتم العقد فى التعاقد بين حاضرين ؟

١٨ - المذهب الحنفى

١٢٠ - اختلفت الأنظار فى المذهب الحنفى فى وقت تكوين العقد عندما يتم بين حاضرين . فقد ذهب فريق إلى أن العقد فى هذه الحالة يتم بمجرد صدور القبول . وذهب فريق آخر إلى أنه يتم فى الوقت الذى يتصل فيه القبول بعلم الموجب . وواضح كما أشرنا سابقاً أن مرد الخلاف فى هذه المسألة هو اختلاف الفقهاء فى تصنيف تعبير القبول . فالذين ذهبوا إلى أنه تعبير ملقى ، قالوا إن العقد يتم بمجرد القبول ، ولم يشترطوا سماع الموجب ، والذين ذهبوا إلى أنه تعبير متلقى ، قالوا إن العقد لا يتم بمجرد القبول ، بل بسماع الموجب .

(١) نظرية العلم فى التعاقد بين حاضرين

١٢١ - تقضى هذه النظرية باشتراط سماع كل من العاقدين كلام الآخر . ومؤدى هذه الشريطة أن يعتبر زمان انعقاد العقد هو زمان سماع الموجب لتعبير القابل ، فما لم يتم هذا السماع لا ينعقد العقد . ويترتب على ذلك أن يكون للقابل الحق فى سحب قبوله قبل أن يصل إلى علم الموجب .

ولقد كان أول قائل بهذه النظرية هو أبو نصر الباقى المتوفى عام ٣٠٥ هجرية جاء فى كتاب النوازل لأبى الليث السمرقندى المتوفى ٣٧٣ هجرية : « سئل أبو نصر عن رجل قال لرجل : بعتى عبدك . فقال : بعت . فقال المشتري : اشتريت ، ولم يسمع قول المشتري .

قال : للبائع أن ينقض البيع مالم يكن جواباً يُسمع^(١) .

ويلاحظ أن أنصار هذه النظرية لا يعممون حكمها على جميع العقود فقد تجد منهم — كالرحمى مثلاً — من يشترط السماع في النكاح دون البيع ، ولعل مراد ذلك هو فقدان نظرية عامة للعقد في الفقه الإسلامي . وقد أبانت الخلاصة عن عدم شمول نظرية العلم في الفقه الحنفى لجميع العقود حيث تقول :

« وسماع كل واحد من الماقدين كلام الآخر شرط صحة البيع بالإجماع ، وفي النكاح المختار أنه شرط ، وفي الخلع كذلك أيضاً^(٢) . »

على أنه يلاحظ أن الفقه الحنفى كان يسير في تطوره نحو تطبيق نظرية العلم في عقد النكاح دون عقد البيع ، يؤيد ذلك أن المتون المتأخرة كدرر الحكم وتنوير الأبصار وشروحه وحواشيه قد اقتصرت على اشتراط الإعلام المنشئ في عقد النكاح دون عقد البيع^(٣)

هذا وقد تعددت الطرق التي دلت بها أنصار الإعلام المنشئ في التعبير التعاقدى في التعاقديين حاضرين على ضرورة هذا الإعلام فمنهم من استند إلى تعليل نقلى ومنهم من استند إلى تعليل فنى .

١٢٢ — (١) التعليل النقلى : استند إلى هذا التعليل السيد أحمد الحوى الذى اقتصر في تعليله لشرط السماع في الإيجاب والقبول على التصريح بأن الإعلام المنشئ يجب أن يعقد به لأن الكتب المعتمدة في المذهب قد صرحت بوجوب هذا الاعتداد . جاء في حاشية فتح الله المعين للعلامة أبى السعود : أن « السماع شرط في الإيجاب والقبول كما صرح به في المعبرات . وإذا فقد الشرط فقد المشروط^(٤) » .

(١) فتاوى السمرقندى ، ورقة ١٠٠ ، ص ٢ ، سطر ١٢ .

(٢) الخلاصة لافتخار الدين ، ورقة ١٥٣ ، سطر ٥٦ .

(٣) راجع عرضاً تاريخياً هاماً لشرط السماع في الإيجاب والقبول في التعاقد بين حاضرين في الملحق رقم ١ من هذه الرسالة .

(٤) فتح الله المعين ، ج ٢ ، ص ٦ .

١٢٣ - (٢) التعليق الفنى : تعددت الأدلة الفنية التى جاء بها الفقهاء لدعم ضرورة الإعلام فى التعاقد بين حاضرين وهى تارة تستند إلى مفهوم الكلام ، وحيناً إلى فكرة الارتباط والتخاطب ، وطوراً إلى فكرة اتحاد المجلس ، على أن أهم سند عول عليه الفقهاء فى دعم هذه الضرورة كان يرجع إلى فكرة التراضى . ونستعرض فيما يلى مختلف هذه التعليلات .

(١) مفهوم الكلام : وقد عول عليه فى تسويغ شرط السماع كل من شمس الدين القهستانى ، وابن ملك ، وابن عابدين .

قال القهستانى فى كتابه جامع الرموز : « يشترط سماع كل من العاقدين كلام الآخر ، لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع ، لا بمحض العقل ^(١) » . وقال ابن ملك فى شرحه للوقاية : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر ، لأن المقد ينمقد بكلامهما ، فلا بد من سماعهما ^(٢) »

وقال ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار : « وقيل فى نحو البيع يشترط سماع المشتري ... وهذا أوجه ... لأن الكلام من الكلام ، وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر فى نفس السامع ، فتكليمه فلائناً لا يحصل إلا بسماعه ^(٣) » .

(ب) فكرة الإرباط : وقد استند إليها كل من السكال بن همام ، ونور الدين الباقانى .

قال السكال فى فتح القدير : « والإنمقاد هو ارتباط أحد السكالمين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ويستعقب الأحكام ، وذلك بوقوع الثانى جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق ، وبسمع كل من العاقدين كلام صاحبه ^(٤) » .

وقال الباقانى فى بحر الأنهر على ملتبى الأبحر : « وسماع كل من العاقدين كلام الآخر شرط أيضاً ، إذ لا ارتباط بغير سماع ^(٥) » .

(١) جامع الرموز للقهستانى ، ج ٣ ، ص ٤ ، س ٢١

(٢) شرح وقاية الرواية لابن ملك ، ورقة ٧٠ ، س ٣٩ ، (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

(٣) رد المحتار ، ج ١ ، ص ٣٧٦ .

(٤) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ .

(٥) بحر الأنهر على ملتبى الأبحر للباقانى ، ورقة ١١٥ ، س ٤٠ ، (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

(٨ - التعبير عن الإرادة)

(ج) فـكرة التخاطب : وقد اعتد بها صاحب مفتاح القيود .

قال صاحب مفتاح القيود : « وشرط سماع كل واحد منهما ... لأنهما إذا لم يسمعا كلام الآخر لم يحصل الإيجاب والقبول بالنسبة إليهما ، وإن وجدا صورة ، لأن الإيجاب والقبول يحصلان بينهما بالتخاطب ، فإذا لم يوجد السماع ، لم يحصل التخاطب ^(١) » .

(د) فـكرة اتحاد المجالس : وقد ارتكز عليها تقي الدين الشنقي .

قال الشنقي في كتابه كمال الدراية : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر ، لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر بمنزلة غيبته ^(٢) » .

(هـ) فـكرة التراضي : وقد عمد إلى تأسيس شريطة السماع عليها كثير من الفقهاء ويأتى في مقدمتهم منلاخسرو والرحمى قال الأول في كتابه درر الحكام شرح غرر الأحكام : « ويشترط سماع كل من الماقدين لفظ الآخر إذ لولاه لم يتحقق الرضا ^(٣) » وقال الرحمى في حاشيته على الدر المختار : « (وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر) قوله لـيتحقق رضاهما ، أى ليصدر ما من شأنه أن يدل على الرضا ^(٤) » .

نظرية الاعلان فى التعاقد بين حاضرين

١٢٤ - إلى جانب أنصار نظرية العلم فى الفقه الحنفى نجد فريقاً من الفقهاء يميلون إلى اعتبار تعبير القبول تعبيراً ملق لا ملق وينادون من ثم باعتبار العقد بين حاضرين منعقداً بمجرد الإعلان . وندلى فيما يلى باعتراض هذا الفريق على الحجج النقاية والفنية التى أتى بها أنصار النظرية الأولى .

١٢٥ - (١) انظر عراضه على التعليل النقلي : إن الأساس النقلي الذى استند إليه السيد أحمد الحموى فى اعتداده بالإعلام المنشئ فى التعاقد بين حاضرين كان هدفاً

(١) مفتاح القيود ، (مخطوط فى مكتبة بلدية الاسكندرية) .

(٢) كمال الدراية للشنقي ج ١ ، ورقة ١٣٥ ، س ٢٥ (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

(٣) درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٢٩ ، س ٥ .

(٤) رد المختار ، ج ٢ ، ص ٢٧٨ .

لتجريح الفقيه الكبير ابن الكمال باشا الذى نفي اعتداد الكتب المعتمدة بالإعلام المنشئ في كتابه إيضاح الإصلاح ، قال :

« ذكر هذا الشرط [سماع كل من العاقلين كلام الآخر] في الخلاصة ، ولم يذكر في عامة الكتب ، بل ذكر في بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط ^(١) » .

ولعل ابن الكمال باشا يقصد بالكتب المعتمدة كتابي مختارات النوازل للمرغيناني والكافي للنسفي .

(١) فقد ضعف الأول منهما هذا الشرط في موضعين الأول : حين أشار إلى أن المقدم بين غائبين ينعقد بمجرد إعلان القبول ، ومعنى هذا أنه لا يشترط سماع الموجب لكلام القابل . يؤيد هذا ما جاء في حاشية آلهى زاده على جامع الرموز ، حيث يعلق على كلام ابن الكمال باشا بقوله : « ذكر هذا الشرط في الخلاصة ، ولم يذكر في عامة الكتب ، بل في بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط ، فنقل عن مختارات النوازل بحث كتاباً يخطبها ، فقرأته عند الشهود ، وقالت . اشهدوا أنى زوجت نفسى منه ، يصح ^(٢) » .

والثاني : حين ضعف شريطة إعلام الإرادة في التعاقد بين حاضرين في النكاح حيث يقول : « وقيل لا يصح [النكاح] ما لم يسمع كل واحد من العاقلين كلام صاحبه ^(٣) » .
(ب) وضعف حافظ الدين النسفي هذا الشرط حين ارتضى قول صاحب المحيط الذى مال إلى ترجيح قول الهندوأنى والفضل اللذين لا يقولان بضرورة الإعلام المنشئ . حيث يقول : « وقال الهندوأنى والفضل . . وأدنى المخافة أن يسمع نفسه إلا لسانه . وعلى هذا الاختلاف كل ما يتعلق بالنطق كالعتاق والطلاق . . والبيع . . وقيل الصحيح في بعض التصرفات يكفى سماعه وفي بعضها شرط سماع غيره كما في البيع . قال صاحب المحيط : الأصح قول الشيخين ^(٤) » ^(٥) .

(١) إيضاح الإصلاح ، ورقة ٧٧ ، س ٢١ .

(٢) حاشية آلهى زاده ، ورقة ١٣٩ ، س ١٦ (مخطوط في مكتبة الأزهر) .

(٣) مختارات النوازل لإبرهان الدين المرغيناني ، ج ١ ، ورقة ٨٢ ، س ٢ (مخطوط في مكتبة الأزهر) .

(٤) السكافى لحافظ الدين النسفي ، ج ١ ، ورقة ٣١ (مخطوط في مكتبة الأزهر) .

(٥) وسنرى في الملحق رقم ١ من هذه الرسالة ، عند استعراضنا لتطورات شرط السماع أنه بالإضافة إلى هذين الكتابين ثمة كتب عديدة معتبرة ، وهى الهداية والوقاية واختار ونجم البحرين والكنز ، أغفلت ذكر هذا الشرط عند بحثها لشرائط الصيغة ، وانفردت الوقاية في ذكره في صدد بحثها لشرائط عقد النكاح .

١٢٦ - (٢) الاعتراض على التعليل الفنى : استهدف التعليلان الفنيان اللذان

أتى بهما ابن عابدين ومثلا خسرو لدعم شريطة السماع فى التعاقد بين حاضرين لنقد
الفقيهين الشيخ مصطفى الرحمتى والشيخ عبد القادر الرفاعى .

فقد ذكر الرحمتى فى حاشيته على الدر المختار تأييده للتعليل النقلى الذى أتى به حافظ
الدين النسفى فى كتابه الكافى الذى سبق أن أشرنا إليه واعترض على حجة ابن عابدين
الفنية التى أيد بها رأى المخالف مستنداً فيها إلى مفهوم الكلام .

قال الشيخ الرحمتى : « ووجه ما صححه فى الكافى أن الإيجاب من البائع مثلاً
ما أوجب به للمشتري القبول . والموجب هو البائع . فالشرط وجود الفعل منه وهو
نطقه وذلك فى تصحيح الحروف سواء سمع الثانى أولاً .

بمخلاف ما لو حلف لا يكلمه فإن الكلام مأخوذ من الكلام ، وهو الجرح ، سمى
به لأنه يؤثر فى نفس السامع ، وذلك لا يحصل إلا بسماعه ^(١) » .

ويلاحظ أن الشيخ الرحمتى يميز بين نطاقين : نطاق التعاقد ، حيث لا يشترط
سماع التعبير . ونطاق الأيمان ، حيث يتقيد فيه بمفهوم الكلام ، فلا يعتبر الخالف
حائثاً إلا إذا أسمع كلامه للغير .

وذكر الشيخ عبد القادر الرفاعى فى كتابه التحرير المختار رد المختار نقده للتعليل
الذى أتى به الفقيهان مثلاً خسرو وابن عابدين ^(٢) حيث يقول :

« (قول الشارح ليتحقق رضاها) هذه العلة قاصرة ، فإنه إذا أوجب الرجل مسمماً
لها ، وقبلت غير مسممة له قبلها ، فقد صدر ما من شأنه أن يدل على الرضا ، ومع
هذا لا ينعقد النكاح ، تأمل ! ^(٣) » ^(٤) .

(١) طوابع الأنوار للسندى ، ج ١ ، ورقة ٧٣٩ (مخطوط فى مكتبة الأزهر)

(٢) يلاحظ هنا أنه بينما يرفض الشيخ الرحمتى الإعلام المنشئ فى عقد البيع يؤيده فى عقد

النكاح (راجع رد المختار ، ج ٢ ، ص ٢٧٨) .

(٣) التحرير المختار رد المختار للشيخ عبد القادر الرفاعى ، ج ١ ، ص ١٨١ ، س ١ .

(٤) سيتسنى لنا نقد التعليقات الأخرى عند بحثنا لمعيار الإعلام المنشئ .

ويلاحظ أن ثمة فارقاً بين نقدي الرحمتي والرافعي . فبينما اقتصر الأخير على نقد شرط الإعلام المنشئ في القبول ، يبدو أن الأول يميل إلى عدم ضرورة الإعلام المنشئ في شطري العقد .

٢٨ - المذهب الشافعي

١٢٧ - يفترق المذهب الشافعي عن المذهب الحنفي في صدد تكون العقود بين حاضرين افتراقاً أساسياً فبينما يذهب الرأي السائد في المذهب الحنفي إلى تطلب الإعلام المنشئ في كل من الإيجاب والقبول ، ويأخذ بنظرية العلم بالقبول ، يرى المذهب الشافعي بقر انتفاء ضرورة الإعلام في التعبيرين التعاقديين ، ويأخذ بنظرية إعلان القبول . ذلك أن العقد يتمعد في المذهب الشافعي بمجرد صدور القبول وإن لم يكن مسموعاً من الموجب . على أن المذهب الشافعي ، إذا تساهل في سماع الموجب للقبول وأغفل اشتراطه على غرار المذهب الحنفي . فقد تشدد في تطلب إظهار التعبير إظهاراً كافياً بحيث يسمعه من هو بقرب صاحب التعبير عادة . ولعل المذهب الشافعي قد توخى من اشتراطه لسماع القريب من صاحب التعبير تأمين وسيلة للإثبات تحول دون نكران صاحب التعبير لتعبيره^(١) .

(١) لم يقتصر المذهب الشافعي على إهمال الإعلام المنشئ في القبول ، بل أهمله في الإيجاب أيضاً ، متجاهلاً في ذلك طبيعة الإيجاب الاستثنائية التي تتطلب علم الوجه إليه التعبير به قبل قبوله . ونحن نعتد أن حالات القبول الإنفاقي أو العايب التي يفرض إليها جهل القابل بالإيجاب السابق تجد تائيداً لها في خيار المجلس الذي قال به الشافعية حيث يتسنى للقابل أن يهدم العقد الذي لم يقيم على رضاه التام ونورد فيما يلي أمثلة أشار فيها الشافعية بوضوح إلى انتفاء ضرورة الإعلام في الإيجاب :

جاء في حاشية الشبرا منسوبة (ج ٣ ، ص ٩ ، س ١٧) : « وعليه فلو خاطبه بلفظ البيع ، وجهر به بحيث يسمعه من بقره ، ولو لم يسمعه صاحبه ، وقبل اتفاقاً ، صح » وجاء أيضاً « حتى لو قبل عبثاً ، فإن بعد صدور بيع له ، صح : كمن باع مال أبيه الظان حياته فإن ميتاً » وجاء أيضاً : « وعليه فلو خاطبه بلفظ البيع وجهر به ، بحيث يسمعه من بقره ، ولو لم يسمعه صاحبه ، وبلغه غيره ، صح » وجاء في تحفة المحتاج في عقد البيع « (قوله وإن لم يسمعه الآخر) ظاهره أن كان عدم سماعه بعده جداً ككونه على ميل من صاحبه ويؤيده أن الإيجاب حينئذ لا ينقص عن الإيجاب للغائب » . ونحن نعتد أن الإيجاب في هذه الحالة لا يقوم ؛ لا لأنه غير مسموع من الآخر ، بل لانتفاء شريطة اتحاد المجلس ، ولتعذر ممارسة خيار المجلس الذي يشترط فيه افتراق العاقدين إلى مسافة يتعذر فيها سماع كل واحد منهما كلام صاحبه .

ونورد فيها بلى نصوصاً من الفقه الشافعى تشير بوضوح إلى أن القاعدة فى هذا المذهب هى انتفاء ضرورة الإعلام فى التعبيرين التعاقديين . وأن الأصل فى التعبير التعاقدى أن يكون تعبيراً ملقى :

جاء فى شرح البهجة للأنصارى : « وإن يتكلم [العاقد] بحيث يسمعه من بقره ، وإن لم يسمعه صاحبه ، كما لو حلف لا يكلمه ، قاله البغوى فى فتاواه ^(١) » .

وجاء فى حاشية البجيرمى على المنهج : « فلو لم يسمعه [العاقد] من بقره لم يصح البيع ، وإن سمعه صاحبه لحدة سمعه ، لأن لفظه كلاً لفظ ^(٢) » .

وجاء فى نهاية المحتاج للرمى : « وإن يتكلم كل بحيث يسمعه من بقره عادة إن لم يكن ثم مانع ، ولو لم يسمعه الآخر ، وإلا لم يصح ، وإن حملته الرياح ^(٣) » .

وجاء فى تحفة المحتاج فى شرائط عقد النكاح : « وإن لم يسمعه من بقره ^(٤) » .

المطلب الثانى

متى يتم العقد فى التعاقد بين غائبين ؟

١٢٨ - لئن اختلفت الأنظار الفقهية فى الوقت الذى يتم فيه العقد فى التعاقد بين حاضرين ^(٥) ، فهى لم تختلف فى تحديد الوقت الذى يتم فيه العقد فى التعاقد بين غائبين ، بل أجمعت على أن العقد ينمقد فى هذه الحالة بمجرد القبول . ونورد فيما بلى النصوص الفقهية التى تشير إلى أن القبول فى الفقه الإسلامى هو تعبير ملقى ، وأن

(١) شرح البهجة للأنصارى ج ٢ ، ص ٣٩٣ ، س ٨ .

(٢) حاشية البجيرمى على المنهج ، ج ٢ ، ص ١٥٣ ، س ١٦ .

(٣) نهاية المحتاج للرمى ، ج ٣ ، ص ٩ . س ٦ .

(٤) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٢١٦ .

(٥) ويلاحظ أن أستاذنا الدكتور السنهورى قد ذهب إلى أن أخذ الفقه الإسلامى بنظرية العلم فى التعاقد بين حاضرين هو من الأمور المسلمة . جاء فى كتابه مصادر الحق (ج ٤ ، ص ٥٦) « فلا شك إذن فى وجوب سماع الموجب للقبول حتى ينمقد العقد بين الحاضرين » وواضح أن هذا التأكيد يتعارض مع صراحة النصوص الفقهية التى أشرنا إليها والتى تفيد أخذ المذهب الشافعى وفريق من المذهب الحنفى بنظرية الإعلان لا بنظرية العلم .

النظرية المعدول بها في حالة التعاقد بين غائبين هي نظرية إعلان القبول . ثم تتكلم
عن رأى أستاذنا الدكتور السهنورى في وقت انعقاد العقد بين غائبين وموقفنا منه .

§ ١ - النصوص الفقهية

(١) عقد البيع : جاء في رد المحتار : « قلت ويكون بالكتابة من الجانبين ،
فإذا كتب اشترت عبدك فلاناً بكذا . فكتب إليه البائع : قد بعت ، فهذا بيع كما
في التتار خانية^(١) . »

وجاء أيضاً : « صورة الكتابة أن يكتب : أما بعد فقد بعت عبدى فلاناً منك
بكذا . فلما بلغه الكتاب ، قال في مجلسه ذلك : اشترت تم البيع بينهما^(٢) . »
وجاء في مرشد الحيران : « كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطاباً يصح انعقاده
بهما تحريراً ، أو مكتوبة ويشترط القبول في مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه .
فلو كتب إلى رجل : اشترت عبدك هذا بكذا ، فكتب ، أى رب العبد : بعتك منك ،
كان بيعاً^(٣) . »

(ب) عقد النطع : جاء في فتح القدير : « ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد
بالخطاب . وصورته أن يكتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود ،
وقرائه عليهم ، وقالت : زوجت نفسى منه . أو تقول : إن فلاناً قد كتب إلى
يخطبني فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه . أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى
من فلان ، لا ينعقد^(٤) . »

§ ٢ - رأى الأستاذ الدكتور السهنورى

في وقت انعقاد العقد بين غائبين

١٢٩ - يرى أستاذنا الدكتور عبد الرازق السهنورى في كتابه مصادر الحق

(١) رد المحتار ، ج٤ ، ص ١٤ - ١٥

(٢) المرجع السابق .

(٣) مرشد الحيران ، م ٢٥٢ .

(٤) فتح القدير ، ج٢ ، ص ٣٥٠ ، سن ٧ .

أن ظاهر النصوص الفقهية يشير إلى أن العقد بين الغائبين يتم بإعلان القبول ، ولا يشترط علم الموجب بالقبول . ويرى إلى جانب ذلك « أن الفقهاء لم يواجهوا في وجوب سماع الموجب للقبول حالة التعاقد بين الغائبين مواجهة صريحة . وهم لم يواجهوا في ذلك إلا حالة التعاقد بين الحاضرين . ولو أنهم واجهوا الحالة الأولى كما واجهوا الحالة الثانية ، لما كان بعيداً أن تختلف الآراء فيها . »

ثم يعضى أستاذنا السنهورى فيدعو إلى وجوب الأخذ بنظرية العلم في التعاقد بين غائبين في الفقه الإسلامى أسوة بأخذه بالنظرية نفسها في التعاقد بين حاضرين إذ يقول :

« بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقول إن منطق القاعدة التى تقول بوجوب سماع الموجب القبول في التعاقد بين حاضرين ، تقتضى القول بوجوب علم الموجب بالقبول في التعاقد بين غائبين . والسماع في حالة حضور الموجب يقابله العلم في حالة غيابه ^(١) . »

١٣٠ - **المرعترصه على هذا الرأي :** يستخلص من كلام أستاذنا السنهورى

أولاً : أن الفقهاء لم يواجهوا وجوب السماع في التعاقد بين غائبين . ثانياً : وجوب قياس التعاقد بين غائبين على التعاقد بين حاضرين والأخذ من ثم بنظرية العلم في التعاقد بين غائبين . ونحن نرى أن هاتين النتيجةين اللتين انتهى إليهما أستاذنا السنهورى هما محل للنقد .

أما الأمر الأول فنحن نمتقد أن الفقهاء قد واجهوا شريطة السماع في حالة التعاقد بين غائبين مواجهة صريحة ، وأطلقوا على السماع في هذه الحالة تسمية السماع الحكيمى ، وقصروه على الإيجاب فقط وجعلوا قراءة الإيجاب من الموجب له بمنزلة سماعه مباشرة من الموجب ، كما تشير إليه النصوص الآتية :

جاء في حاشية يعقوب باشا على شرح الوقاية : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر : معنى حقيقة أو حكماً كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته عندهم ، فقبلت ، يتمم العقد ، لأن الكتاب كالخطاب ^(٢) . »

(١) مصادر الحق ، ج ٢ ، ص ٥٧ .

(٢) حاشية يعقوب باشا على شرح الوقاية ، ورقة ٥١ : س ٣٤ (مخطوط في مكتبة الأزهر) .

جاء في ذخيرة العقبى : « وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر : أى كل من المتعاقدين ، الزوجين أو نائبيهما ، حقيقة أو حكماً كما إذا كتب رجل في كتاب : تزوجت فلانة بنت فلان بكذا من الصديق ، وأشهد جماعة بما فيه وإن لم يعلموا أن فيه قضية التزوج ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته ، ينعقد^(١) . »

وجاء في نقد الدرر : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر : حقيقة أو حكماً كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته عندهم ، فقبلت ، ينعقد النكاح دون الكتاب كالخطاب عند الغيبة^(٢) . »

وجاء في مجمع الأنهر : « وشرط لصحة النكاح سماع كلا من المتعاقدين لفظ الآخر : حقيقة أو حكماً كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة فأوصلوا الكتاب إلى امرأة ، فقرأته عندهم فقبلت عندهم ذلك التزوج ينعقد النكاح^(٣) . »

وجاء في رد المحتار : « قوله سماع كل : أى ولو حكماً كالكتاب إلى غائبة لأن قراءته قائمة مقام الخطاب ، كما مر^(٤) »

وجاء في عمدة الرعاية على الوقاية : « وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر : قوله سماع أى ولو حكماً كالكتاب إلى غائبة . لأن قراءته قائمة مقام الخطاب^(٥) . » ولعل أوضح نص يشير إلى مواجهة الفقهاء مواجهة صريحة لوجوب سماع الموجب للقبول حالة التعاقد بين غائبين هو النص الذى نقله هنا عن التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى مفتى الديار المصرية سابقاً والذي يشير فيه صاحبه بوضوح إلى أن السماع الحسمى مطلوب فى تعبير الموجب دون تعبير القابل ، وأن هذا التعبير الأخير مستثنى من شريطة السماع المقصورة على حالة التعاقد بين الحاضرين .

(١) ذخيرة العقبى شرح صدر الشريعة لأخى جلى (عام توفى ٩٥٥ هـ) ص ٩١ .

(٢) نقد الدرر لمصطفى الوائى (توفى ١٠٠٠ هـ) ، ورقة ٩٢ ، ص ١١ (مخطوط فى مكتبة الأزهر)

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، ج ١ ، ص ٣٢٠ ، ص ٧ .

(٤) رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٢٧ ، ص ٣٢ .

(٥) عمدة الرعاية على الوقاية ، ج ٢ ، ص ٩ ، ص ٢ .

جاء في التحرير المختار لرد المحتار: ((قوله لأن قراءته قائمة مقام الخطاب للظاهر ان مسألة الكتاب مستثناة من اشتراط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، لأن القراءة وان اقيمت مقام الخطاب ، لم يوجد من الكتاب سماع القبول من الآخر لا حقيقة ، ولا حكماً ، وان وجد من المكتوب اليه السماع حكماً بالقراءة ^(١) .

أما الأمر الثانى الذى يذهب فيه أستاذنا السهورى إلى أن منطق القاعدة التى تشترط سماع الموجب القبول فى التعاقد بين حاضرين يقتضى اشتراط علم الموجب بالقبول فى التعاقد بين غائبين فهو فى رأينا غير وارد فى ظل المذهب الشافعى الذى يعتبر كلا من قبول الحاضر وقبول الغائب تعبيراً ملقياً ، ويأخذ من ثم ، كما رأينا ، بنظرية الإعلان فى حالتى التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين .

أما بالنسبة للمذهب الحنفى فهو فى رأينا قياس مع الفارق ^(٢) ذلك لأن هذا الفقه يغتفر عادة فى التعاقد بين غائبين ما لا يغتفره فى التعاقد بين حاضرين . كما فى شريعة لفظية التعبير ، يحتملها فى التعاقد بين حاضرين فى النكاح دون التعاقد بين غائبين . وكما فى شريعة مجلس المقد ، يتشدد فيها فى التعاقد بين حاضرين حيث يعتبر الإيجاب ساقطاً بمجرد انقضاء المجلس دون قبول ، ويتساهل فيها فى التعاقد بين غائبين ، حيث يجيز للمرأة أن تقبل الإيجاب فى غير مجلس علمها به وسواء أكان الإيجاب موجهاً إلى الموجب إليه بوساطة مكتوب ^(٣) أو رسول ^(٤) ، أضف إلى ذلك أن نمة رأياً يقول به محمد يجيز فيه استعمال صيغة الأمر فى التعاقد بين غائبين دون التعاقد بين حاضرين ^(٥) ومما يؤيد كون شريطة السماع خاصة بالتعاقد بين حاضرين بصورة قاطعة أن الفقيه الشافعى فى كتابه كمال الدراية يجعل التلازم قائماً بين شريطة السماع وشريطة الحضور حيث يقول : وشروط سماع كل منهما لفظ الآخر لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر بمنزلة غيبته ^(٦) .

(١) التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى ، ج ١ ، ص ١٨٠ ، س ٣١ .

(٢) هذا ومع العلم بأن شريطة سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر فى التعاقد بين حاضرين ليست من الشروط التى يفتق عليها فى المذهب الحنفى .

(٣) راجع ماسياً ، ف ١٤٩ ص ١٤٠ .

(٤) راجع ماسياً ، ف ١٤٩ ، ص ١٤٠ — ١٤١ .

(٥) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٦٢ وانظر المبسوط ، ج ٥ ، ص ١٦ .

(٦) كمال الداية ، راجع مسبق ف ١٢٣ ، ص ١١٤ .

ونحن نرى أنه إذا كان لابد من توحيد الحلول في حالي التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين يمتنع علينا أن نقيس حالة التعاقد بين حاضرين - حيث يأخذ الرأي السائد في الفقه الحنفى بنظرية العلم - على حالة التعاقد بين غائبين - حيث انمقد اجماع الفقه الإسلامى على الأخذ بنظرية الإعلان - لا المكس^(١) ويؤيد هذا القياس أمور :

(١) إن الأخذ بنظرية الإعلان في التعاقد بين غائبين هو موضع إجماع الفقهاء^(٢) بيننا الأخذ بنظرية العلم في التعاقد بين حاضرين هو مسألة خلافية ، كما مر .

(٢) أن الفقهاء الأحناف - وحتى من اشترط منهم السماع كابن عابدين - يحجز القبول بصورة ضمنية في التعاقد بين حاضرين كما لو قال شخص لآخر : كل هذا الطعام بدرهم فأكله الآخر فانهقد في هذه الحالة ينعقد رغم عدم سماع القبول^(٣) ،^(٤) . ويترب على قياس القبول الصريح على القبول الضمنى . أن سائحاً لو دخل محلاً تجارياً وطلب سلعة معينة بسعر معين بوساطة مترجم يرافقه ، فإن العقد في هذه الحالة ينعقد بمجرد صدور القبول من البائع ، ويكون إعلام المترجم للسائح بقبول البائع من ثم إيذاناً بواقعة لا إعلاماً منشئاً لأن العقد تم قبل الإيذان وبمجرد القبول^(٥) .

(١) ونحن نرى أنه خير من قياس التعاقد بين الغائبين على التعاقد بين الحاضرين أو العكس هو قياس القبول الصريح في نطاق التعاقد بين الغائبين على حالة القبول الضمنى فيه فكما يتم هذا الأخير بمجرد صدوره وكما يعترف بذلك أيضاً - أنصار نظرية العلم - فكذلك يجب أن يكون التعبير الصريح .

(٢) جاء في كتاب الفقه الإسلامى في نويه الجديد ، المدخل الفقهي العام (ج ١ ، ف ١٥٧ ص ٢٢٦) أن « الرأي الفقهي في الإيجاب والقبول بالكتابة أن حكمها لا يبدأ منذ كتابة العبارة بل عقب وصول الكتاب وقراءته . فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها فيعتبر الموجب موجباً والقابل قابلاً » .

وواضح مما أثبتناه في المتن أن الإجماع في الفقه الإسلامى على أن العبارة في حالة القبول تنتج أثرها عند صدورها ، لا عقب وصولها إلى الموجب .

(٣) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٩ و ١٦ - ١٧ .

(٤) قد يقول قائل أن المقصود بالسماع هو العلم وقد حصل بالرؤية . وجوابنا أن الفقهاء لم يشترطوا الرؤية في حالة القبول عن طريق التنفيذ، أضف إلى ذلك أن السماع شريطة شكلية كما سنرى فلا مناص من وقوعها على التبيين .

(٥) بوفنوار ، العقد والملكية ، ص ٤٧٤ . راجع ماسبق ف ٨٣ ، ص ٧١ .

(٣) إن الموجب إليه مسلط على القبول من جهة الموجب ، ولما كانت القاعدة تقضى بأن « المسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير علم من المسلط » . فيترتب على ذلك في نظرنا أن ينفذ قبول القابل بدون علم الموجب كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل .

(٤) أضف إلى ذلك أنه ليس ثمة من تعليل فني مقبول لضرورة سماع الموجب القبول . فلقد رأينا سابقاً إخفاق العمليات الفنية التي أتى بها مثبتو الإعلام للتدليل على ضرورته في القبول في التعاقد بين حاضرين^(١) ورأينا إلى جانب ذلك أن الذين ارتضوا هذه الشريطة كالسيد أحمد الحموي والشيخ عبد القادر رافعي قد استندوا في ارتضاؤهم إلى الدليل النقلى لا إلى الدليل الفنى الذى ثبت لديهم عجزه عن دعم هذه الشريطة . ورأينا أيضاً أنه حتى الدليل النقلى لم يسلم من اعتراض المحققين^(٢) . ونحن في دورنا نشارك هؤلاء المعارضين إعتراضهم ونرى أن ليس ثمة من دليل منطقي يصلح أساساً لدعم شريطة السماع في القبول^(٣) .

ونشير أخيراً إلى أننا لسنا نقصد من الإعتراض على محاولة أستاذنا السهوى الإلتصار لنظرية الإعلان في الفقه الإسلامى وفي غيره من التشريعات التي أخذت بهذه النظرية ذلك لأن هذه النظرية على وضعها المعروف في هذه التشريعات لا تخلو من عيوب .

وسنعمد فيما بعد إلى علاج هذه العيوب وصياغة تعديل هذه النظرية على ضوء الصناعة الفقهية الخاصة بالفقه الإسلامى . وسنرى أن هذا التعليل يتيح لنا الحصول على فائدة مزدوجة : وهى تلافى مثالب نظرتى العلم والإعلان ، والحفاظ على جوهر نظرية الإعلان باعتبارها تراثاً إسلامياً واجب الاحترام^(٤) .

(١) راجع ماسبق ، ف ١٢٦ ، ص ١١٦ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٢٥ ، ص ١١٤ و ١١٥ .

(٣) راجع ماسبق ، ف ١٣٩ / ٣ .

(٤) راجع ماسبق ف ١٣٨ وماب .

الفرع الخامس

تكون العقود في تقنيني الجمهورية العربية المتحدة

١٣١ — انهيينا مما سبق إلى أن الحلول التي يقدمها الفقه الإسلامي لتحديد وقت تكون العقود ليست واحدة في كل من التعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين الغائبين .
فبينما تختلف الأنظار الفقهية في تحديد وقت تكون العقد بين الحاضرين أهو وقت سماع الموجب بالقبول أم هو وقت صدور القبول ، تجمع هذه الأنظار على اعتبار التعاقد بين الغائبين تاماً بمجرد صدور القبول .

وننتقل الآن إلى استعراض الحلول التي يقدمها تقنيننا الجمهورية العربية المتحدة لتحديد وقت تكون العقود ، ثم نتكلم عن نظريتنا المختارة لمعالجة هذه المسألة الهامة .

المطلب الأول

تكون العقود في التقنين المدني المصري

١٣٢ — أخذ الشرع المصري بنظرية العلم المستفاد من الوصول على سبيل الافتراض البسيط في كل من التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين .

١٣٣ — التعاقد بين حاضرين : ينمق العقد في التعاقد بين حاضرين بمجرد سماع الموجب كلام القابل أو رؤيته كتابته أو إشارته ويستفاد هذا الحكم من النصين العامين الواردين في المادتين ٨٩ و ٩١ من القانون المدني .

ويقضى النص الأول بأن «العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين» . ويقضى النص الثاني بأن «التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» .

ووجه الاستدلال بالمادة ٨٩ أن التبادل الذي تستلزمه يفضي حتماً إلى علم كل من المتبادلين بتعبير الآخر ، أي إلى اشتراط سماع الموجب إليه للإيجاب ، وسماع الموجب للقبول ، وبمباراة أخرى ان التبادل يقتضي أن يكون كل من التعبيرين التعاقديين تعبيراً متلاقياً . ووجه الاستدلال بالمادة ٩١ أن القبول ، وهو تعبير ، لا ينتج أثره

إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وهو الموجب ، ويترتب على ذلك أن العقد لا ينتج أثره ، أى لا يتم ، إلا بعلم الموجب .

١٣٤ - التعاقب بين غائبين : إلى جانب النصين السابقين المذكور اللذين جاء حكمهما شاملا للتعاقب بين حاضرين والتعاقب بين غائبين انفرد التعاقب بين غائبين بنص خاص ورد في المادة ٩٧ ، جاء في هذه المادة :

« يعتبر التعاقب ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول » .
ويلاحظ أن هذه المادة قد أتت بأمرين جديدين سكنت عنهما المادتان السابقتان وهما : (١) الإشارة إلى أن مكان العقد هو مكان القابل . (٢) وأن الأخذ بنظرية العلم ليس من النظام العام بل هو حكم تفسيري للماعدين الإتفاق على خلافه .

وإلى جانب المادة ٩٧ الآنفه الذكر أعطى المشرع في المادة ١٤٣ من المشروع التمهيدي حكماً خاصاً للتعاقب بين غائبين عند ما يكون القبول فيه قد تم عن طريق التنفيذ ، جاء في هذه المادة (وهي مقتبسة من المادة ١٣٢٧ من القانون الإيطالي) :
« إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل ، أو من مقتضى العرف ، أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفي المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ ، ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر » .

ويبدو هذا الحكم الخاص في اعتبار القبول في حالة التنفيذ تعبيراً ملقاً في الوقت الذي اعتبره فيه المشرع في المواد الثلاثة السابقة تعبيراً ملقاً ، ويلاحظ هنا أن الإخطار الذي فرض المشرع وجبيته على القابل ليس إعلاماً منشئاً وإلا لكان القبول تعبيراً ملقاً ، بل هو إيدان مقرر يقتصر دوره على إعلام واقعة تمت قبل حدوثه^(١) . ويلاحظ أيضاً أن حكم هذه المادة الأخيرة ، وقد حذفها لجنة المراجعة ، مازال باقياً بدليل أن الباعث على حذفها كان مجرد كونها تفصيلاً لا ضرورة فيه .

(١) راجع ما سبق ، ف ٨٣ ، ص ٧١

بقى هنا أن نقول إن المشرع المصري قد قرن شريطة العلم التي تطلبها في حالة القبول الصريح بحكم أبعد فيه عن نظرية العلم الحقيقي ما يؤخذ عليها من أنها تفسح المجال لتأخر انقضاء العقد تبعاً لتأخر علم الموجب بالقبول في حال سفره ، أو في حال تعمده الإبطاء في الإطلاع عليه ويتلخص هذا الحكم وقد كرره المشرع في المادتين ٩١ و ٩٧ ، في اعتبار وصول التعبير إلى الموجب قرينة قانونية على علمه به *Juris tantum* على أن هذه القرينة ليست قاطعة بل يجوز إثبات عكسها ، بمعنى أن للموجب إثبات انتفاء علمه بالقبول .

المطلب الثاني

تكون العقود في التقنين المدني السوري

١٣٥ - بينما يأخذ المشرع المصري كما رأينا محل وحيد لمسألة وقت تكون العقود مطبقاً نظرية العلم على حالتى التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين ، ينتهج المشرع السوري حلاً مزدوجاً آخذاً بنظرية العلم في التعاقد بين حاضرين ونظرية الإعلان في التعاقد بين غائبين .

١٣٦ - **التعاقد بين الحاضرين :** يستفاد أخذ المشرع السوري بنظرية العلم في حال التعاقد بين حاضرين من نصين أحدهما عام ورد في المادة ٩٢ من القانون المدني السوري (٨٩ مصري) والثاني خاص ورد في المادة ١١ من قانون الأحوال الشخصية السوري . ويقضى النص الأول بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين وقد رأينا سابقاً أن اشتراط هذا التبادل يعنى الأخذ بنظرية العلم . أما النص الثانى فقد ورد ضمن شرائط عقد النكاح ومؤداه أن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر^(١) .

(١) قارن محاضرات في القانون المدني السوري ألقاها الأستاذ مصطفى الزرقاء على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٥٤ حيث أشار المؤلف (ف ٤٤ ص ٤٩) إلى أنه « لم يبق في القانون السوري ما يختلف فيه التعاقد بين حاضرين عن التعاقد بين =

ويلاحظ هنا أن المشرع السوري قد أغفل الأخذ بالمادة ٩١ الواردة في القانون المدني المصري والتي تعتبر بدورها دليلاً على الأخذ بنظرية العلم في التعاقد بين حاضرين

١٢٧ - **التعاقد بين الغائبين:** يستفاد أخذ المشرع السوري بنظرية الإعلان في التعاقد بين الغائبين من نص المادة ٩٨ التي جاء فيها : « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك » وقد أثر المشرع السوري الأخذ بهذه النظرية على نظرية العلم المنصوص عنها في القانون المصري مراعيًا - وكما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري - « كثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بدوى العلاقة » .

بقي أن نشير هنا إلى أنه ليس ثمة من تعارض بين استبقاء المشرع السوري لأحكام النص العام الوارد في المادة ٨٩ من القانون المدني المصري (٩٢ مدني سوري) الأخذ بنظرية العلم وتبني هذا المشرع لنظرية الإعلان الواردة في نص المادة ٩٨ من القانون المدني السوري والمسيرة لأحكام كل من الشريعة الإسلامية والتقنين اللبناني ذلك لأن النص الأخير يعتبر تصاً خاصاً ليس من شأن التعارض أن يقوم بينه وبين النص العام الوارد في المادة ٩٢^(١) .

= غائبين إلا من حيث تحديد مجلس العقد ومكان العقد كما سنرى » وراجع أيضاً (ف ٥٦ ص ٥٧) حيث يقول المؤلف : « وضع هنا ما كنا أشترنا إليه ووعدنا بإيضاحه من أنه في القانون السوري لم يبق من فرق بين تعاقد الحاضرين وتعاقد الغائبين إلا من حيث تحديد مكان العقد ، ذلك لأن زمان العقد لا يختلف في تعاقد الحاضرين عن تعاقد الغائبين في ظل نظرية إعلان القبول التي أخذ بها القانون السوري ، لأن زمان الإنعقاد في الحالين هو وقت صدور القبول يستوي في ذلك صدوره من غائب أو من حاضر » .

وواضح مما أشترنا إليه في المتن أن المشرع السوري قد أخذ في التعاقد بين حاضرين بنظرية العلم لابتظرية الإعلان كما ذهب إليه المؤلف .

(١) قارن الدكتور عبد المنعم فرح الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، التراضي ، ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العربية العالية هاشم ص ٥٣ .

المطلب الثالث

النظرية المختارة

في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين الغائبين

(نظرية خيار الطريق)

١٢٨ — رأينا فيما سبق أن القانونين السوري والمصري ليسا على اتفاق في صدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد بين الغائبين . فبينما يأخذ القانون المصري بنظرية العلم ، يأخذ القانون السوري بنظرية الإعلان . وتساءل هنا أياً من هاتين النظريتين يجب أن تسود في القانون الموحد المزمع إصداره وتطبيقه في إقليمى الجمهورية العربية المتحدة ؟ للإجابة عن هذا السؤال يتعين علينا أن نوازن أولاً بين هاتين النظريتين ، دون التقيد بأية فكرة سابقة ، ثم نختار النظرية الأصالح على ضوء هذه الموازنة :

§ ١ — الموازنة بين نظرية العلم ونظرية الإعلان

١٣٩ — مساوى، نظرية العلم : (١) إن أول عيب توصم به نظرية العلم في التقنين المدنى المصرى هى كونها غير جامعة بدليل أن ثمة تعبيرات يتم العقد بمجرد صدورها دون حاجة إلى وصولها إلى علم الموجب ، تلك هى حالة التعبيرات الضمنية . فقد جاء فى المادة ١٤٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى « أنه فى الحالات التى يقوم بها تنفيذ العقد مقام القبول يعتبر العقد قد تم فى الزمان وفى المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ » ولقد سبق أن أشرنا إلى أن حذف هذه المادة ليس يعنى ترك حكمها^(١) ونضيف هنا أن بقاء هذا الحكم يجعل من العسير تفسير التفرقة التى يقيمها المشرع المصرى بين حالتى القبول الصريح والقبول الضمنى إذ ليس من المقبول عقلاً اعتبار انعقاد العقد متراحياً إلى حين وصول القبول إلى علم الموجب فى الحالة الأولى ، واعتبار انعقاد العقد فورياً بمجرد صدور القبول فى الحالة الثانية ؟ ! وبعبارة أخرى ليس من وجه سائق لاعتبار القبول الصريح تعبيراً متلقى فى الوات الذى يعتبر فيه هذا القبول نفسه لو صدر بصورة ضمنية تعبيراً ملقى !

(١) راجع ما سبق ف ١٣٤ ، ص ١٢٧ .

(٩ — التعبير عن الإرادة)

(٢) إن تراخي انعقاد العقد إلى حين وصول القبول إلى علم الموجب ليس يستند إلى أساس منطقي ، ولقد شاهدنا سابقاً إخفاق كل التعليلات التي جاء بها الشراح المسلمون لتعميل ضرورة سماع الموجب للقبول في التعاقد بين حاضرين^(١) .

(٣) إن قياس القبول على الإيجاب ليس يسعف في تطلب الإعلام المنشيء في القبول . ذلك لأن إجماع الفقهاء على اعتبار الإيجاب تعبيراً متلقى لا يتم إلا بعلم الموجب إليه إذا كان يستند إلى تضمنه معنى استحداث الموجب إليه لمارسه خياره بين القبول والرفض ، فهذا المعنى لا يتوافر في القبول الذي يحقق هدفه بمجرد صدوره وسواء وصل إلى علم الموجب أو لم يصل . إذا ثبت ذلك ، تعذر قيام القياس بين هذين التعبيرين . لتغاير طبيعتهما ، وانتفاء اشتراك العلة بين المقيس والمقيس عليه .

(٤) وفيابعدا ذلك فإن العقد يفترض توافق إرادتين ، وهذا التوافق لاشك حاصل بورود القبول مطابقاً للإيجاب ، أما معرفة الموجب بهذا التوافق ، فهي في رأينا أمر زائد عليه ، يوضح ذلك أن المعرفة الضرورية هي معرفة الموجب لقابلية إيجابه للقبول السابقة على القبول ، لا معرفته بالإنحداد الفعلي لهذا الإيجاب بالقبول المطابق للائحة على القبول ذلك لأن هذه المعرفة اللاحقة لاشأن لها بجوهر التصرف الذي قام بمجرد الإنحداد .

أضف إلى ذلك أن هذه المعرفة اللاحقة ليست تفيد في تلاقى الإرادتين ، ذلك لأن هذا التلاقى هو مفهوم ميتافيزيكي محض ، ليس من شأن القانون أن يحفل به . « فن الوهم أن نبحت — كما يقول موريل بحق — عن وقت تلاقى الإرادتين ، إن هذا يفترض قبل كل شيء أن يفكر الموجب بإيجابه بصورة مستمرة ، وكذا القابل وهذا أمر جدلي محض *c'est de la pure scolastique* »^(٢) .

(٥) وأخيراً إن تراخي انعقاد العقد إلى وقت علم الموجب بالقبول قد يفسح المجال لوقوع حوادث طارئة — كموت الموجب أو فقد أهليته — تحول دون قيام العقد نغير لنا إذن أن نتوق عسر ولادة الوليد ، وأن نتمجل في إبرام العقد بمجرد توافر

(١) راجع ما سبق ف ١٢٥ ، و ١٢٦ ، ص ١١٤ — ص ١١٧ .

(٢) موريل ، تكوين العقد وقوته الملزمة ، ص ١٣٧ .

شطريه ، فذلك أدعى من الناحية العملية إلى إعمال كلام الماقيدين وضونه عن الإهمال ،
والقاعدة الفقهية تقول إعمال الكلام أولى من إهماله .

نتهى مما تقدم إلى أن الإعتبارات الفنية لم تسمح فى دعم نظرية العلم التى انحاز
إليها المشرع المصرى . ولعل الضرورات العملية وفكرة العدالة هى التى حدث بهذا
المشرع إلى إثبات هذه النظرية . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى تسويغ الأخذ
بمذهب العلم : « فالواقع أن مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب
ذلك أن الموجب هو الذى يحدد مضمونه ، ويمين شروطه ، فمن الطبيعى والحالة هذه
أن يتولى تحديد زمان التعاقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل أن تكون الإرادة
المفروضة مطابقة لمصاحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك ^(١) » .

بقى أن نقول إن استناد المشرع فى إقراره لنظرية العلم إلى مبدأ العدالة يتعارض
مع تصريحه بأنحياز هذه النظرية إلى مصلحة الموجب وتفسيره لسكوت الماقيدين
عن تحديد زمان العقد ومكانه فى جانب هذه المصلحة ذلك لأن مبدأ العدالة يقتضى
التسوية بين الماقيدين لا إثبات أحدهما على الآخر .

١٤ - مساوى نظرية الإعلان : لعل أهم عيب يشوب نظرية الإعلان هو
عدم تكافؤ الفرص الممنوحة فى ظلها لكل من الموجب والقابل فبينما تضيق هذه
النظرية على الموجب إليه ، ولا تفسح له المجال للرجوع عن قبوله بمجرد إفصاحه
عنه ، نجدها توسع على الموجب ، وتمنحه الحرية التامة فى العدول عن الإيجاب ،
قبل وصوله إلى الموجب إليه ، وفى الرجوع عن هذا الإيجاب ، حتى بعد الوصول .
ولعل الحل المعقول هو الحل المعكوس ذلك لأن الموجب وهو الذى بادء الموجب
إليه لم يقدم على إيجابه إلا بعد تدبر وتفكير ، فوجب تبعاً لذلك إعطاءه الأقل من
فرصة الرجوع وإعطاء المزيد منها إلى الموجب إليه .

أضف إلى ذلك أن ثمة حالات تطبيقية لهذه النظرية تستلقت النظر . كما لو رفض
الموجب إليه الإيجاب الموجه إليه ، ثم قبله ، فإن منطق هذه النظرية لا يمنع من انعقاد
العقد فى هذه الحالة ما دام القبول - وهو تعبير ملق - قد صدر قبل وصول

(١) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٥٣ .

الرفض^(١) - وهو تعبير متلقى - إلى علم الموجب . ووجه الغرابة في انعقاد العقد في هذه الحالة أن علم الموجب بالقبول بعد الرفض لا يمنع من صحة هذا القبول ، مادام قد صدر قبل إنتاج الرفض لأثره فهذا الأخير يعتبر عندها بمثابة نية مضمرة ، لا تقوى على إسقاط الإيجاب ، مادامت لم تصل إلى علم الموجب^(٢) .

١٤١ - موقوفنا من نظريتي العلم والإعلان: إن المآخذ الجديدة التي أسلفنا

عرضها والتي تلحق بنظريتي العلم والإعلان تدعونا إلى التخلي عن كلتي النظريتين بوضعهما الحال المريب . فلا نظرية العلم بمصيبة ، في نظرنا ، في إمعانها في إرجاء انعقاد العقد ولزومه إلى حين علم الموجب بالقبول ؛ ولا نظرية الإعلان أيضاً بمصيبة في تعجيلها بالبتات في أمر انعقاد العقد ولزومه بمجرد صدور القبول . فمن الخير إذن البحث في إيجاد حل يلجم من هذه السرعة ، ويمجّل بذلك البطء . وإننا لو اجدون مفتاح هذا الحل بكل يسر وسهولة في الفصل بين انعقاد العقد ولزومه . وذلك بالعمل على تعجيل انعقاد العقد بحيث يكفي لانبرامه مجرد صدور القبول ، وهذا هو وجه الحق في نظرية الإعلان . وتأخير لزوم العقد بحيث لا يكفي وجود شطرية لكي يندو لازماً ، بل لا بد لهذا اللزوم من التقاء الشطرين وعلم الموجب بالقبول ، وهذا هو وجه الصواب في نظرية العلم .

وهذا الحل الذي نرأيه ، والذي يصطفي من كل نظرية خير ما عندها ، يثير من فوره أمر البحث في المفاضلة بين هاتين النظريتين : على أيّ منهما يتعين التعميل

(١) أن رفض الإيجاب في نظرنا هو تعبير متلقى بدليل أنه قد يتضمن تعديلاً للإيجاب السابق فيعتبر عندها إيجاباً جديداً . والإيجاب كما هو معلوم تعبير متلقى . هذا ويمكن قياس رفض الإيجاب في الفقه الاسلامي على رد الوكالة فهذا الأخير لا شك في تطلبه للاعلام المنشئ في الفقه الاسلامي جاء في الفتاوى الهندية (ج ٩ ، ص ٦٣٩ ، س ٣٢) « الوكيل إذا رد الوكالة ترد ، هذا إذا علم الموكل بالرد . وأما إذا لم يعلم ، فلا ترد . حتى أن من وكل غائباً ، قبله الخبر ، فرد الوكالة ، ولم يعلم الموكل به ، ثم قبل الوكالة ، صح قبوله ، وصار وكيلاً . » وعيل إلى نفس الرأي استاذنا الحقيق (راجع أحكام المعاملات الشرعية ، هامس ص ٢٠٨) ويعل رأيه بقوله : « إننا ما أبطلنا الإيجاب عند الإعراض عنه ، إلا ليسترد الموجب حريته في التعاقد مع غير من ساومه ، أو في الاحتفاظ بملكه ، وذلك لا يتم إلا إذا علم بالإعراض . أما إذا لم يعلم بالإعراض ، فإلّا يضرر من اعتبار إيجابه قائماً إلى أن يعلم ، حتى إذا صدر القبول قبل العلم نشأ العقد ؟ » .

(٢) دورما ، ف ٢٢٢ ، ص ٤٨٧ .

لبناء النظرية المختارة ؟ وبعبارة أخرى ، أى نظرية من هاتين النظريتين هى أطوع للبرء ؟ الجواب على ذلك بين : إن نظرية الإعلان هى وحدها التى تستجيب للعلاج الجديد .

ونتساءل الآن لم لم يفكر الفقهاء المسلمون بعلاج ما يكتنف نظرية الإعلان من عيوب ؟ ولم لم يفصلوا بين الانعقاد واللزوم ، واعتبروا العقد قائماً بمجرد صدور القبول ؟ الواقع أن فريقاً من الفقهاء — وهم الحنابلة والشافعية — قد دعا إلى التفرقة بين الإنعقاد واللزوم ولكن لا على الشكل الذى ندعو إليه ، بل على شكل آخر سنبجته عند تأصيلنا للنظرية المختارة^(١) . أما الفريق الآخر — وهم المالكية والحنفية — فنجدهم العذر ، فى عدم مواجهتهم لإرجاء انعقاد العقد أو لزومه إلى حين علم الموجب بالقبول ، فى الظروف الحضارية التى قامت نظرية الإعلان فى ظلها ، وما كان يلابسها من تأخر فى وسائل المواصلات ، وبطء فى وسائل الإتصال ، الأمر الذى كان يدعو — فى حال تعليق لزوم العقد أو انعقاده على علم الموجب — إلى بقاء العقد فترة طويلة من الزمن ، قلقاً مهدداً بالانهيار برجوع العاقدين .

أما وأن وسائل الإتصال الحديثة قد تقدمت ، فقد تعين أن يعاد النظر فى تجاهل الفقهاء لجهل الموجب بالقبول . على أن احققنا بعلم الموجب بالقبول يجب أن لا يدعونا إلى إعطائه الزيد من الأهمية ، بحيث نجعل منه مناطاً لانعقاد العقد ، كما تذهب إليه نظرية العلم ، بل يكفي أن يكون هذا العلم مناطاً للزومه ، والضرورة — كما تقول القاعدة الفقهية — تقدر بقدرها !

§ ٢ — صياغة النظرية المختارة

١٤٢ — وننتقل الآن إلى بسط النظرية المختارة على ضوء الصناعة الفقهية الخاصة بالفقه الإسلامى فنتكلم فى النواحي الآتية : (أ) نطاق النظرية (ب) أحكامها (ج) تأصيلها وتسميتها (د) مزاياها (هـ) التقنين المقترح بناؤه عليها .

١٤٣ — (أ) نطاقها : ينحصر نطاق تطبيق النظرية المختارة فى الماوضات

(١) راجع ما سبأق ، ف ١٤٦ ، ص ١٣٥

المالية التي يكون القبول فيها صريحاً . أما المعاوضات غير المالية كالنكاح ، والمعاوضات المالية التي يكون القبول فيها ضمنياً ، فهي خارجة عن نطاق تطبيقها وهي تظل من ثم خاضعة للقاعدة العامة في نظرية الإعلان ، أى أن العقد فيها يقوم منعقداً ولازماً بمجرد القبول ، وسنلمس عند بحثنا لتأصيل الخيار المقترح الأسباب التي دعتنا لإخراج عقد النكاح من مجال النظرية الجديدة ، وحسبنا أن نقول هنا أن عقد النكاح يكون مسبقاً عادة بمقدمات وخطبة تجعل العاقدين عندما يقدمان على التعاقد في منأى عن التردد بعد القبول ، فلاضير إذن على العاقدين إذا حرمانها من الرجوع بعد إعلان القابل لقبوله ، واعتبرنا العقد لازماً بمجرد انعقاده ، دون حاجة إلى علم الموجب بهذا القبول^(١) . أما العقود التي يتم القبول فيها عن طريق التعبير الضمني فتجد سنداً لها في خروجها عن أحكام الخيار المقترح ، في كون التنفيذ يحمل في نفسه عوامل فناء حق الرجوع الممنوح إلى صاحبه ، إذ لا معنى لمنح من نفذ العقد الحق في الرجوع عنه ، مادام هذا العاقد قد أدخل التصرف بمجرد تنفيذه من حيز القوة إلى حيز الفعل . أما العاقد الآخر فيستند حرمانه من الرجوع في هذه الحالة إلى ما قد يحول دون ممارسته من أوضاع حقوقية جديدة تنجم عن التنفيذ الفعلي . كما لو تصرف الموجب إليه بالمبيع إلى الغير ، إن هذا التصرف يعتبر تنفيذاً للعقد ، يتم به تكوينه ، ويمنح المتصرف إليه مركزاً حقوقياً جديداً ، لا داعي لإهداره لمجرد حماية حق الرجوع الممنوح للطرف الآخر بل الأدعى إلى العدالة إهدار هذا الحق الأخير صيانة لحق الغير المكتسب ، وتأميناً لاستقرار التعامل .

نتهى مما تقدم إلى أن نطاق النظرية المختارة مقصور على العقود المالية التي يتم فيها القبول صراحة . أما العقود غير المالية والعقود المالية التي يتم فيها القبول ضمناً فهي تظل خاضعة للقاعدة العامة ، أى أنها تنعقد وتلزم بمجرد القبول .

١٤٤ - (ب) أهمها: تلخيص أحكام النظرية المختارة في الأمور الثلاث الآتية :

(١) سلب اللزوم من العقد قبل وصول القبول الصريح إلى علم الموجب ومنح العاقدين ، تبعاً لذلك ، خيار الرجوع عن الإستمرار في حكم العقد بحيث يتاح لهما المجال

(١) يلاحظ هنا أن عقد النكاح في الإقليم المصرى لا يخضع لنظرية العلم التي نصت عليها المادة ٩٧ من القانون المدنى المصرى وإنما يخضع لنظرية الإعلان التي يأخذ بها الفقه الإسلامى كما مر .

الكافي للمزيد من التفكير والتدبر في أمر التصرف الذي أقدمنا عليه قبل صيرورته
بأن لا رجعة فيه .

(٢) انتقال هذا الخيار إلى خلف الماقد حال وفاته وإلى نائبه الشرعى حال
فقده أهليته .

(٣) اعتبار وصول القبول إلى علم الموجب قرينة على علمه به ما لم يقم الدليل على
عكس ذلك .

١٤٥ — (ج) تأصيلها وتسميتها : يمكننا أن نسوغ خيار الرجوع المقترح على
ضوء الصناعة الفقهية الخاصة بالفقه الإسلامى بالإستناد إلى نظرية خيار المجلس ومبدأ المدالة .

١٤٦ — خيار المجلس : يقصد بخيار المجلس فى الفقه الإسلامى الخيار
الذى يعطى للمتعاقدين حق الرجوع عن العقد إلى حين انصراف المتعاقدين أو أحدهما
عن مجلس العقد .

ولعله من المفيد أن نستعرض بإيجاز أحكام هذا الخيار فى الفقه الإسلامى قبل أن
نظهر صلته بالخيار المقترح ، وتتلخص أحكام خيار المجلس بالأمور الآتية :

(١) يمنح هذا الخيار كلا من المتعاقدين خيار الرجوع ما دام المجلس قائماً
لما ينفض ، ويكون انقضاء المجلس بتفرق المتعاقدين بأبدانهما بحيث إذا كلم أحدهما
الآخر على المادة لم يسمع كلامه^(١) .

(٢) إن خيار المجلس مقصور على الماوضات المالية فقط أما التصرفات الأخرى
غير المالية كالنكاح فإنها لازمة بمجرد القبول^(٢) .

(١) جاء فى المذهب (ج ١ ، ص ٢٥٧) : « وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين
الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخيرا ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر » والتفرق
أن يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه »

(٢) جاء فى المفتى (ج ٤ ، ص ٧) : « ولا يصح قياس البيع على النكاح لأن النكاح لا يقع غالباً
إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ، ولأن فى ثبوت الخيار مضرة من رد المرأة بعد
ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلم المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا
لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم فى هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ، ووهاء
ما ذكره المخالف فى مقابله »

(٣) إن موت أحد العاقدین أو فقده أهليته قبل التفرق وانفضاض المجلس لا يبطل حق الخيار ، بل ينتقل هذا الحق إلى الوارث في الحالة الأولى ، وينتقل للنائب الشرعي في الحالة الثانية^(١) .

(٤) إن خيار المجلس يجوز النزول عنه عند التماقد ، وذلك بأن يقول الراغب في التماقد إلى الآخر « بمتك ولا خيار بيننا » . ويقبل الآخر على ذلك . فلا يكون لهما خيار . ذلك أن خيار المجلس « جمل رفقا بالمتعاقدين فجاز لهما تركه ، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه^(٢) » .

ويلاحظ هنا أن الحكمين الأخيرين ليسا موضع اتفاق عند من يقول بخيار المجلس من المذاهب الإسلامية ، وهما المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي . فبينما يذهب المذهب الشافعي إلى أن موت العاقد لا يبطل خياره ، وأن هذا الخيار يثبت للوارث قياساً على خيار الشرط ، يذهب المذهب الحنبلي إلى أن موت أحد المتعاقدين قبل التفرق وانفضاض المجلس يبطل خياره ، « لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث^(٣) » .

وأما التنازل عن خيار المجلس فهو جائز عند الحنابلة دون الشافعية .

تلك هي أحكام خيار المجلس في الفقه الإسلامي وإذا وازنا بين الخيار المقترح وخيار المجلس نجد أنهما يشتركان في سلبيهما للزوم العقد ، ويفترقان في أن انقطاع الخيار في حالة خيار المجلس يكون بافتراق الأبدان بينما يكون انقطاع الخيار في حالة خيار الرجوع المقترح عند وصول القبول إلى علم الموجب^(٤) ونحن نرى إطلاق تسمية

(١) جاء في المغني (ج ٤ ، ص ٦ ، وماب) : « فإن جن [أحدهما] أو أغشى عليه ، قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه ، وهذا مذهب الشافعي ، وجاء في الوجيز (ج ٢ ، ص ١٤٠ - ١٤١) • وبنقطع الخيار بلفظ يدل على الزوم وتام الرضا وبمفارقة المجلس بالبدن . وهل يبطل بالموت ؟ فيه قولان أحدهما أنه لا يبطل كخيار الشرط فيثبت للوارث » .

(٢) المهذب ، المرجع السابق . (٣) المغني ، المرجع السابق .

(٤) لئن كننا ندعو إلى نظرية « خيار الطريق » وهي صورة مهذبة لنظرية خيار المجلس فنحن في نفس الوقت نتعاضد إلى جانب نفاة هذه النظرية الأخيرة ، نظراً لإضعافها القوة الملزمة للعقد من جهة ، وصعوبة تطبيقها في حالة التعاقد بين الغائبين من جهة أخرى وقد أبان أستاذنا الدكتور السهوري العيب الأول في كتابه مصادر الحق (ج ٢ ، ص ٣٩) وأشاد بموقف مالك لفضله هذا الخيار حيث يقول « ومهما يكن من أمر تأويل الحديث [البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] فنحن نواجه مبدأ ضخماً من أهم المبادئ القانونية ، هو قوة العقد الملزمة . ويكسب العقد هذه القوة عند تمامه ، =

« خيار الطريق » أو « خيار البين » على الخيار المقترح نظراً لأن ممارسته تتم في « طريق » القبول إلى الموجب أى في الفترة الواقعة « بين » صدور القبول ووصوله إلى الموجب .

١٤٧ - مبدأ العدمية : إن الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار ^(١) »

وما يستتبعه من دفع للضرر عن الأفراد ما أمكن يصلح - بالإضافة إلى خيار المجلس - أساساً لتسوية خيار الطريق المقترح . وسنلمس الوجوه التي يدرء بها خيار الطريق الضرر عن المعاقدين عند بحثنا التالى لمزاياه في ظل نظرية الإعلان ، ومزايا نظرية الإعلان المعدلة على نظرية العلم .

= ولا يجوز أن يتأخر في كسبه عن ذلك الوقت . والقول بغير ذلك فيه إهدار يبدأ جوهرى من مبادئ القانون ، وإخلال بالثقة المشروعة عند التعامل بل يجوز لتفادى هذه النتائج تغليب القياس على الأثر . وهذا ما فعل أبو حنيفة إمام أهل الرأى جرياً على مذهب ، بل هذا ما فعل مالك نفسه إمام أهل الحديث . وقد روى عنه تغليب القياس على السماع كما قال ابن رشد في بداية المجتهد . ولقد كشف مالك عن ملكة الفقه عند ما أبى أن يهدر قوة العقد الملزمة ، أبى إهدارها ، ولو تعارض في ذلك مع حديث رواه هو بنفسه حتى عابه كثير من أهل العلم على ما جاء في المنفى ، وحتى قال الشافعى لا أدرى هل اتهم مالك نفسه أو نافعا وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر وحتى قال ابن أبى ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث أما مالك رحمه الله فقد اكتفى بأن يقول في هذا الحديث : ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه .

أما العيب الثانى فيبدو في صعوبة تطبيق نظرية خيار المجلس في حال التعاقد بين الغائبين ذلك لأن مجلس الخيار يبدأ في هذه الحالة في وقت قبول القابل وينتهى بعبارة كل عاقد مجلسه الذى كان فيه عند القبول . وتبدو الصعوبة بوجه خاص في تعمير معرفة وقت القبول من قبل الموجب لى يتسنى له البدء بممارسة حقه في الرجوع . أما ما ذهب إليه الجبىرى من أن هذا يعرف بالأخبار ، فهو يتأى عن منطق الضرورات العملية . إذ كيف يتسنى لموجب في دمشق أن يعرف الزمن الذى قبل فيه إيجابه في القاهرة وأن يبدأ في نفس الوقت بممارسة خيار الرجوع (راجع حاشية الجبىرى على المنهاج ، ج ٢ ص ١٥٢ ، س ٢١) . وعندى أن هذه الصعوبة هى التي دعت الرأى الأصح في المذهب الشافعى إلى عدم إقرار التعاقد بين الغائبين (راجع المذهب ، ج ١ ، ص ٢٥٧) .

ويلاحظ هنا أن أستاذنا الدكتور السنهورى قد أشار في كتابه مصادر الحق (ج ٢ ، ص ٦١) إلى أن خيار المجلس « يقتصر على التعاقد ما بين الحاضرين إذ يفترض أنهما لم يفترقا » والواقع أن مثبتي هذا الخيار لم يقصروه على التعاقد ما بين الحاضرين بل بسطوا تطبيقه على التعاقد ما بين الغائبين كما تقدم .

(١) وهو حديث في رتبة الحسن رواه مالك في الموطأ ، وأخرجه ابن ماجه والدارقطنى في سننهما وقد اعتبرته مجلة الأحكام العدلية قاعدة من قواعد السككية (راجع المادة ١٩ من المجلة والمادة ٢٦١ من القانون المدنى العراقى) . ومعنى الضرر مقابلة الضرر بالضرر .

(د) مزايا نظرية خيار الطريق

مزايا خيار الطريق في ظل نظرية الإعلان

١٤٨ - يقدم خيار الطريق في ظل نظرية الإعلان فائدة جديدة لطرفي العقد وهي تبدو في إبعاده هذين الطرفين عن ضرر محقق تعجز نظرية الإعلان عن دفعه . ونستعرض فيما يلي بعض الفروض التي يبين منها فوائد خيار الطريق - لكل من الموجب والقابل .

١٤٩ -- (١) ميزة خيار الطريق في حق الموجب : في ظل خيار الطريق المقترح يتسنى للموجب البائع ، إذا تأخر الموجب إليه عن إعلامه بالقبول ، أن يتملص من إيجابه وأن يبيع سلعته إلى مشتر جديد إذا وجد من مصلحته عدم الانتظار خشية فوات أيام رواج بيع المبيع ، وفي ذلك دفع للضرر لا يخفى .

فلو افترضنا أن تاجراً حليبا باع إلى تاجر قاهري كمية من الفستق الحلبي بثمن معين . فإذا ما قبل التاجر القاهري هذا الإيجاب ، وتأخر عن إعلام صاحبه الحلبي فإن هذا الأخير يستطيع في ظل خيار الطريق أن يتحرر من إيجابه ، وأن يبيع سلعته إلى مشتر سائح ، إذا ما خاف فوات الفرصة . وواضح أن هذه المسكنة التي يمنحها إياها خيار الطريق ، لا يتمتع بها في ظل نظرية الإعلان المجردة عن هذا الخيار .

ذلك لأنه في ظل هذه النظرية الأخيرة يلزم التاجر الحلبي بانتظار القبول ، وهو إذا ما باع قبل وصوله ، يعتبر بائعاً للملك الغير ، نظراً لأن البيع قام لازماً بمجرد قبول القاهري . وواضح من هذا المثال ، أن نظرية الإعلان في شكلها المنتقد تضع الموجب تحت رحمة القابل .

ويقول أستاذنا الشيخ على الخفيف في هذا المعنى : « فإذا ما تأخر إبلاغه القبول زمناً فإلى أية مدة يكون الموجب في جهالة من أمره ؟ ذلك ما قد يجر الى نزاع بين الطرفين ، لأن الموجب قد يتماقد مع ثالث لعدم علمه بالقبول الصادر من المرسل

إليه ، ومضى زمن على إيجابه ، فيتنازعان بسبب ذلك^(١) . » .

بقى أن نقول إن الخيار الممنوح الموجب ، وهو غم ، لم يقابله غرم يلحق بالقابل في المثال الذي استعرضناه . ذلك لأن القابل هو الذي فسخ للموجب المجال لممارسته خياره ، نظراً لتأخره في إعلام الموجب بالقبول ، وتأخيره لزوم العقد من ثم . وهكذا يبين أن إنفاذ لزوم العقد بعلم الموجب بالقبول أدعى إلى إسراع القابل بإعلام قبوله ، واستقرار التعامل تبعاً لذلك .

١٥٠ - (٢) مميزة خيار الطريق في حق القابل : سبق أن أشرنا إلى أن نظرية الإعلان تضييق على القابل وتلزمه بالقبول فور وصول الإيجاب إليه ، وأن العدالة تقتضي يفسح المجال أمام القابل للتروى في أمر الصفقة المعروضة عليه . ونضيف هنا أن خيار الطريق المقترح ، إذ يسلب اللزوم عن القبول الذي أصدره القابل ، يمنح هذا الأخير الوقت الكافي لإعادة النظر فيما أبرمه من تصرف .

هذا ويبدو أن الفقهاء المسلمين قد أحسوا بما يكتنف مجلس العقد بين غائبين من ضيق . فحاولوا تيسيراً على القابل ، أن يترشحوا بعض الشيء عن شرائط هذا المجلس وذلك بالسماح للقابل بالقبول في غير مجلس علمه بالإيجاب . وهذا السماح الذي أجاز فيه الفقهاء لأنفسهم الخروج فيه عن منطق مجلس العقد يحمل في ذاته مساساً عميقاً بجوهر نظرية الإعلان التي تقتضي في دورها أن يتم القبول فور وصول الإيجاب .

ونقدم فيما يلي محاولتين فقهيتين قام بأولاهما الفقيه خواهر زاده وهي ترمي إلى اعتبار الإيجاب المكتوب لغائب قائماً رغم انقضاء مجلس العلم به دون قبول ، بحيث إذا قبله المكتوب إليه في مجلس آخر انعقد العقد ، وقام بثانيتها أستاذنا الشيخ على الحفيف وهي ترمي إلى اعتبار الإيجاب المرسل بواسطة الرسول قائماً رغم انقضاء مجلس العلم به دون قبول بحيث إذا قبله المرسل إليه في مجلس آخر قام العقد .

(١) راجع أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ على الحفيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، هامش ص ٢٠٤ . حيث يمرض المؤلف نظراً جديداً — بعد تقديمه لنظرية الإعلان المشار إليه في المتن — يرى فيه ضرورة اشتراط اعلام الموجب بالقبول في مدة معينة إذا مضت دون إعلامه بطل العقد .

المحاولة الأولى : وقد عرضها شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه بقوله :
«الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضراً فخطبها
بالنكاح ، فلم تجب في مجلس الخطاب ، ثم أجابت في مجلس آخر ، فإن النكاح لا يصح
وفي الكتاب إذا بلغها ، وقرأت الكتاب ، ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي
قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود ، وقد سمعوا
كلامها وما في الكتاب ، يصح النكاح ، لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب
والكتاب باق في المجلس الثاني ، فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود
ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرّر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر ، فأما إذا
كان حاضراً ، فإنما صار خاطباً لها بالكلام ، وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس
الثاني ، وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شرطى العقد^(١) » .

وقد عزم الأستاذ على الخفيف هذا الحكم على جميع العقود المالية إذ يقول :
« وفي رأبي أن عقد البيع وغيره من عقود المسال أولى بهذا الحكم من عقد النكاح ،
إذ يتساهل في عقد البيع ونحوه بما لا يتساهل به في عقد النكاح ، وعلى ذلك يجوز لمن
أرسل إليه الإيجاب بالكتاب إذا قرأه فلم يقبله في أول مجلس أن يقرأه في مجلس
آخر ثم يقبل ، ويكون مجلس العقد مجلس كل قراءة^(٢) » .

المحاولة الثانية : وقد أوردها الأستاذ الخفيف في كتابه أحكام المعاملات الشرعية
بعد تعميمه رأى خواهر زادة على كل العقود ، وترك الكلام هنا لأستاذنا الخفيف
يشرح فيه رأيه الجديد :

« بقي النظر فيما إذا أعاد الرسول رسالته بعد حصول ما يعد إعراضاً عنها من
المرسل إليه عند تبليغه الأول ؛ أعتبر هذه الإعادة إيجاباً آخر ، فإذا اتصل بها قبول
نشأ بهما العقد أم لا تعتبر ؟ لأن مهمة الرسول قد انتهت بالتبليغ الأول ، وليس من

(١) رد المختار ج ٤ ، ص ١١ ، س ٤ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ، للأستاذ على الخفيف ، ص ٢٠٩ . انظر في المرحم السابق
قياس ابن عابدين البيع على النكاح وقارن كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبو زهرة ، طبعة
عام ١٩٥٩ ، ف ٢٩ ، ص ٤٧ حيث يذهب استاذنا إلى أن قياس البيع على النكاح هو قياس مع
الفارق إذ يقول : « إن البيع لا يقاس على النكاح لأن النكاح يحتاج إلى شهود ، ولا يلزم أن يكونوا
حاضرين وقت وصول الكتاب ، فيصح أن ينتظر إلى مجلس الشهود ... بخلاف البيع فإنه لا يحتاج
إلى شهود » .

مهمته أن يكرر هذا التبليغ. وقد يمترض هذا الرأي ما جاء في الهداية والبحر من أن الموجب إذا أوجب في غيبة العاقد الآخر ، ثم قال يا فلان بلغ هذا إلى فلان ، فأبلغه إليه شخص آخر غير النادى من تلقاء نفسه قبل قيام الرسول بالمأمور بذلك التبليغ ، وقبل العاقد الآخر بناء على هذا الإبلاغ تم العقد ، إذ مقتضاه أنه لا يشترط في إنشاء العقد أن يكون تبليغ الإيجاب إلى القابل من شخص مكلف به ، حتى يكون ذا شأن فيه ، وأنه يكفي مجرد التبليغ من أى شخص متى كان ذلك مرغوباً فيه من الموجب ، وعلى هذا إذا أعاد الرسول رسالته فلن يكون فى تلك الإعادة أقل من شخص قام بها متبرعاً ، وإذن فلا مانع من أن نعتبر إعادة التبليغ إيجاباً مبتدأ كما فى اعتبارنا الكتاب إيجاباً قائماً بقيامه ، وبناء على ذلك إذا أعاد الرسول رسالته فى مجلس آخر فقبل المرسل إليه تم العقد بذلك ، مادام أن المرسل لم يبلغه أعراض المرسل إليه فى المرة الأولى ، ذلك ما يظهر لى ، والله هو الموفق للصواب ^(١) .

هذا ولسنا نريد أن نقف هنا عند تقدير أدلة هذين الرايين وتقدير مدى نجاحهما فى تسويغ خروجهما عن قاعدتين رئيسيتين فى نطاق تكوين العقود فى الفقه الحنفى وهما قاعدة وحدة مجلس العقد ، وقاعدة تبعية التعبير لصاحبه ^(٢) ذلك أن ما نريد أن

(١) أحكام المعاملات الشرعية ، هامش ص ٢٠٩ — ٢١٠ . ويلاحظ هنا أن الرحمتى وابن عابدين والدكتور السنهورى وخلاف الأستاذ الخفيف — قد جنحوا إلى التفرقة بين الكتاب والرسالة فى هذا الصدد . جاء فى رد المحتار : « والظاهر أنه لو كان مكان الكتاب رسول بالإيجاب فلم تقبل المرأة ، ثم أعاد الرسول الإيجاب فى مجلس آخر ، فقبلت لم يصح لأن الرسالة انتهت أولاً ، بخلاف الكتابة لبقائها . أفاده الرحمتى اهـ . » وجاء فى مصادر الحق (ج ١ ، ص ١٠١) « ويبدو أن الكتابة تختلف عن الرسالة فى أن العاقد الآخر إذا لم يجب فى أول مجلس لبوغي الكتاب ، فالكتاب باق ، بحيث إذا قرئ فى مجلس ثان ، فقبل العقد الآخر ، انعقد العقد » .

(٢) هذا ويبدو أن هذا الخروج لم يرق للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فتد جاء فى كتابه الأموال ونظرية العقد (ف ٣٨٧ ، ص ٣٧٠) : « ونحن نرى أن هذا لا يتفق مع المنطق ، وفيه إعطاء للرسول والكتاب من قوة الأثر ما ليس لمرسلهما نفسه ، ثم الكتاب ليس له من الأثر إلا أنه أبلغ الطرف الآخر إيجاب صاحبه ، فتعتبر قراءته إيجاباً من مرسله . فلا بد إذاً من قبول الطرف الآخر أو رفضه فى المجلس ، وبخاصة وقد يتضرر الموجب بذلك التأخير فى تعرف إرادة الطرف الآخر . وبدل لهذا الذى نذهب إليه ، ماورد فى كتاب الهداية : « الكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال ، حتى اعتبر مجلس لبوغي الكتابة وأداء الرسالة » ومعنى ذلك بصراحة أن كتاب الموجب أو رسوله كحديثه المباشر الموجه للطرف الآخر وكل ذلك ينتهى بانتهاء المجلس » . ونشير هنا إلى —

نلفت النظر إليه هنا هو السبب البعيد الذى حدا بصاحبى هذين الرأيين إلى هذا الخروج . إنه ولاشك فى نظرنا ضيق المجال الممنوح للقابل ومساس الحاجة - والحاجة كما يقولون تفتق الحيلة - للتوسعة عليه من ثم وذلك بجمل مجلس العقد مطاطى الجنبات بحيث يتسنى للموجب إليه القبول فى جو كاف من الحرية قبل أن يقوم العقد بقبوله منعقداً لازماً ، وإذا ثبت كون هذه التوسعة هى الباعث على تخريج هذين الرأيين فما كان أحرى بهما فى نظرنا للوصول إلى هذا الغرض من سلوكك مسلك آخر يضمن لهما الوفير من الثمار بالأقل من التضحيات : إنه خيار الطريق ! ذاك الذى نسمى مخلصين إلى تسخيرهِ للحفاظ على وحدة مجلس العقد ، ولضمان صدور تصرف لازم عن وعى تام وبصيرة .

بقى أن نقول إن هذه التوسعة التى يقدمها خيار الطريق إلى القابل ، إذا كان من شأنها أن تفيد القابل ، فهى فى الوقت نفسه ليست بضائرة بالموجب . ذلك لأن خيار الطريق ، إذا كان من شأنه أن يخول القابل حق هدم العقد الذى صاغه بيده ، فهو ليس من شأنه أن يهدر ثقة الموجب . ذلك لأن هذا الرجوع - والفرض أنه قد وصل إلى علم الموجب قبل علمه بالقبول - يعتبر بالنسبة إليه بمثابة رفض للإيجاب ليس من شأنه أن يهدر ثقة تعلقت بقبول متلقى .

== أن هذا الخروج إن كان يخالف المنطق كما أشار إليه المؤلف فهو يستجيب للضرورات العملية التى تقتضى هذا الخروج فى حال التعاقد بين غائبين وقد أبان أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة عن هذه الضرورة حين قال إن المرأة قد لا تجد الشاهدين عند وصول الكتاب إليها فمن المتعين إذن اعتبار الإيجاب قائماً وفسح المجال لها للقبول فى مجلس آخر وبعد إحضار الشاهدين ، إذ لا وجه لإسقاط الإيجاب فى هذه الحالة مادام لم يسقطه رفض صريح من المرأة الموجب لايها .

أضف إلى ذلك أن الشأز، فى التعاقد بين الغائبين عادة أن يكون غير مسبوق بمجلس للمقدمات يسمى الموجب إليه فيه أن يقلب الإيجاب على وجوهه المختلفة قبل صيرورته باتاً فى حقه ، ذلك أن القبول فى هذه الحالة هو أشبه بالإذعان منه بالقبول المسبوق بالاستيلاء فخرى بالمشروع أن يحمى القابل فى هذه الحالة بالتوسعة عليه فى مجلسه . أما أعترض المؤلف على هذا الرأى الموسع لاعطائه الكتاب من قوة الأثر أكثر من الكتاب نفسه ، فهو غير وارد لأنه ليس فى منطق التعاقد بين غائبين ما يمنعه ، بدليل أن العقد ينعقد فى هذه الحالة بمجرد التقاء الكتاب بالقبول . ولو كان الكتاب نفسه موجوداً لما انعقد إلا بسماعه .

مزايا نظرية الإعلان المعدلة على نظرية العلم

١٥١ - تتماز نظرية الإعلان المعدلة على نظرية العلم بقوة مبنائها الفقهي وخلوها من عيوب نظرية العلم التي سلف أن أشرنا إليها ، وهى إلى جانب ذلك تحقق الفوائد الآتية :

١٥٢ - (١) إن نظرية الإعلان المعدلة تغنيانا عن نص المادتين ٩١ و ٩٢ الواردتين فى القانون المدنى المصرى واللتين لم يأخذ بهما القانون المدنى السورى وتنص الأولى منهما على أن « التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه » وتنص الثانية على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه » . ووجه الإستغناء أن القبول فى النظرية المقترحة ينتج أثره بمجرد صدوره لا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترب على ذلك أن العقد يلد بمجرد صدور هذا القبول ويكتسب حياة مستقلة عن طرفيه فإذا ما طرأ موت العاقد أو فقد أهليته بعد هذه الولادة ، فليس ذلك بضائر بحياة الوليد الذى استقل عن مصدره^(١) . وعليه فنحن فى هذه الحالة لسنا بحاجة إلى أن نبحت عن نظرية نستند إليها فى تجريد التعبير عن صاحبه كنظرية الإرادة الظاهرة التى قال بها أستاذنا السهورى أو فكرة استقلال التعبير عن صاحبه التى أخذ بها الدكتور حجازى^(٢) ذلك لأن التعبير فى النظرية المقترحة قد وُجد فعلا ، وكون بالمساهمة مع التعبير الآخر العقد الوليد . وكل ما فى الأمر ، أن المشكلة التى تثار

(١) يمكننا أن نشبه العاقد بالمرأة الحامل والعقد بالولد . أن موت المرأة قبل الولادة قد يقضى على حياة الوليد . أما موتها بعد الولادة فلم يس يؤثر على حياته لأنه من الميسور قيام خلف لها بالإشراف عليه . ولئن كانت نظرية العلم تسعى إلى بقاء حياة الجنين رغم عدم ولادته ووفاء مصدره قبل الولادة . فإن ذلك لا يخلو فى نظرنا من التكلف ، وهذا ما دعا الشراح إلى الاختلاف فى الأساس الذى يستند إليه هذا البقاء .

(٢) جاء فى النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى (ج ١ ف ٣١٠ ، ص ٢٣٨ و ٢٣٩) : أن القانون المدنى المصرى الجديد يفصل بين التعبير وصاحبه فتى خرج التعبير أصبح له وجود مستقل عن وجود صاحبه ومن ثم لا يتأثر بموته أو فقد أهليته . هذا هو أساس المادة ٩٢ وليس لها فى نظرنا أى أساس آخر ، ولهذا نختلف أستاذنا الدكتور السهورى فى ذهابه إلى أن أساس هذه المادة هى الإرادة الظاهرة ... »

في ظل النظرية الجديدة في حال وفاة أحد الماعدين أو فقده أهليته تنحصر في تسويغ أيلولة خيار الرجوع الذي كان ممنوحاً إلى الماعد قبل المارض إلى خلفه العام حال الوفاة ، أو إلى نائبه الشرعي حال فقد الأهلية . وهذه الأيلولة في نظرنا أطوع للتسويغ من أيلولة حق الرجوع عن التعبير إلى الوارث أو النائب الشرعي في ظل نظرية العلم . ذلك لأن هذه الأيلولة في ظل النظرية الأخيرة هي من الأمور غير المسلمة ، بدليل أن ثمة فريقاً من الفقهاء يشكّون في إمكان انتقال التصرف قبل أن يتصل بعلم الموجب إلى ورثة القابل^(١) ذلك لأن التصرف لما يتم فكيف يصح تصور تلقى الخلف لتصرف ناقص وما يتصل به من خيار للرجوع . أما في النظرية الجديدة فليس ثمة من صعوبة في تقبل انتقال حق الرجوع إلى الوارث وقد رأينا أن المذهب الشافعي قد أجاز فعلاً هذا الانتقال قياساً على انتقال خيار الشرط إلى الوارث .

١٥٣ - (٢) إن خيار الطريق المقترح يتيح لنا تصحيح العقود في حالات تقضى نظرية العلم بإبطال العقد فيها ، كما في حالة وفاة الموجب أو فقده أهليته بعد القبول فإن مقتضى نظرية العلم في هذه الحالة أن ينهار العقد الذي هو في طريق التكوين بمجرد وقوع إحدى هاتين الحادثتين .

ويعمل أستاذنا السنهاوري عدم قيام العقد في حالة وفاة الموجب بقوله : « إن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره^(٢) » . أما في نظرية خيار الطريق فليس الموت بمؤدٍ بالعقد في هذه الحالة ذلك لأن القبول أنتج أثره بمجرد صدوره وليس علم الموجب به منشئاً حتى ينهار التعبير بتخلفه كما هو الحال في نظرية العلم التي تعتبر القبول تعبيراً متلقياً ، وإنما يقتصر دور العلم في ظل نظرية خيار الطريق على تحديد نهاية الفترة التي يمارس فيها الطرفان خيار الرجوع ، فإذا ما توفى الموجب انتقل الخيار إلى وارثه .

ويستخلص من المثال المتقدم، أن نظرية خيار الطريق المقترحة هي أدعى إلى استقرار التعامل من نظرية العلم التي تعزى إليها مزية تأمين هذا الاستقرار .

(١) دور ما ف ٤٤٤ و ٤٤٥ ، س ٥١٦ و ٥١٧ .

(٢) الوسيط ، ج ١ ، س ١٨٧ .

١٥٤ - وبعد ، فهذا هو الحل السديد ، في نظرنا ، لعلاج مسألة انعقاد العقد بين الغائبين وهو حل يخفف من غلواء نظرية الإعلان التي أثبت إلا أن تضيق على القابل في طلبها الفوري لقبول الإيجاب - والأمر كما تقول القاعدة الكلية ، إذا ضاق اتسع - دون أن تفكر في هذه المرحلة المتوسطة ، هذه « المحطة النافعة » التي يجيز فيها المشرع المتعاقدين ممارسة خيار الطريق ، موقفاً في ذلك بين متطلبات السرعة في إبرام العقد وقطف ثماره ، ومتطلبات التروي في تقرير لزوم على يقين من التراضي المستنير وهو من جهة أخرى يكبح من جراح التشريعات الحديثة التي انتقلت من الفعل إلى رد الفعل ، وقفزت طفرة من نظرية الإعلان إلى نظرية العلم ، ودعت إلى إرجاء انعقاد العقد إلى حين علم الموجب بالقبول ، وهو حين قد يطول . إننا ندعو أنصار نظرية العلم إلى التعميل في إبرام التصرف بمجرد توافر شطريه ، واعتبار هذا الإنعقاد تكأة تبعث على وجود الاستقرار في التصرف الذي توافر جوهره ، واتخاذ بمثابة محطة نافعة ، من الخير للتصرف أن يقف فيها شطراه في مسيرها نحو لزوم لارجمة فيه !

§ ٣ - تقنين من وضعنا

١٥٥ - وبناء على ما تقدم نقترح تعديل نص المادة ٩٨ من القانون المدني السوري بحيث يصبح على الشكل الآتي :

م ٩٨ : (١) يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

(٢) لكل من التعاقدين خيار الرجوع عن العقد قبل وصول القبول الصريح إلى علم الموجب وينتقل هذا الخيار إلى الوارث حال وفاته ، وإلى نائبه الشرعي حال فقده أهليته .

(٣) يعتبر وصول القبول إلى علم الموجب قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك .

المبحث الخامس

هل الإعلام المنشئ هو القاعدة أم الاستثناء ؟

١٥٦ — فظة هذا البحث وفائده : سنعمد إلى مجابهة هذه المشكلة في نطاق المذهب الحنفي نظراً لاهتمامه بالإعلام المنشئ بوجه خاص إذا ما قورن مع بقية المذاهب الإسلامية ، على أن تتبع بحثنا بلحمة موجزة عن موقف المذاهب الأخرى من مشكلة الإعلام المنشئ ، ثم نعطي لمحة موجزة عن هذه المشكلة في التقنينين المصرى والسورى .

أما قاعدة هذا البحث فتبدو في تحديد نطاق الإعلام المنشئ في الفقه الإسلامى ذلك لأنه من الضرورى من الوجهة العملية عند ما نجابه تعبيراً ما أن نتعرف عما إذا كان الإعلام المنشئ ضرورياً لقيام هذا التعبير أولاً ، ولعله لا يتسنى لنا ذلك إلا إذا عرفنا تلك القواعد التى يترتب على ضوئها فرض الإعلام المنشئ على تعبير معين كشرطية لإنتاجه أثره .

الفرع الأول

الإعلام المنشئ في المذهب الحنفي

١٥٧ — لكى يتسنى لنا الإجابة عن السؤال الذى طرحناه سابقاً ، ومعرفة ما إذا كان الإعلام المنشئ هو القاعدة أم الإستثناء في المذهب الحنفي يعمين علينا أن نستعرض أولاً بعض التطبيقات في هذا المذهب لكل من التعميرات الملقاة والتعابير المتلقاة ، ثم نستعرض الأساس الذى استند إليه الفقهاء لتسوية عدم ضرورة الإعلام في الأولى وضرورته في الثانية ، ثم نتكلم عن قابلية التعبير الضمنى للإعلام المنشئ ، ومدى صلة الإعلام المنشئ بالشكلية ، وأخيراً نقرر على ضوء ما تقدم ما إذا كان يتسنى وضع معيار طبيعى أو معيار شرعى للتمييز بين هذين النوعين من التعبيرات في الفقه الحنفي .

المطلب الأول

التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة

١٥٨ — نستعرض فيما يلي بعض التطبيقات عن التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة في المذهب الحنفى .

§ ١ — التعبيرات الملقاة المجمع عليها

(أ) التعبيرات الملقاة في التصرفات المالية : القبول والرجوع عن الإيجاب في التعاقد بين الغائبين ، عزل الرسول ، الإجازة ، اختيار المالك رفع عقد الفضولى ، التنازل عن الشفعة ، الإبراء ، الفسخ الفعلى ، العزل الفعلى .

(ب) التعبيرات الملقاة في التصرفات غير المالية : الرجعة ، الطلاق ، العتاق ، العفو عن القصاص ، خيار البلوغ ، خيار الخيرة .

§ ٢ — التعبيرات المتلقاة المجمع عليها

(أ) التعبيرات المتلقاة في التصرفات المالية : الإيجاب لغائب ، تعيين الوكيل ، عزله ، عزل الوكيل نفسه ، إذن العبد ، حجره ، حجر المدبن ، الفسخ بخيار العيب ، فسخ الشركة .

(ب) التعبيرات المتلقاة في التصرفات غير المالية : تفويض المرأة بتطبيق نفسها .

§ ٣ — التعبيرات المختلف فيها

الإيجاب والقبول والرجوع عن الإيجاب في التعاقد بين حاضرين ، الفسخ بخيار الشرط ، الفسخ بخيار الرؤية ، فسخ البيع الفاسد ، خيار الممتعة ، الوصاية .

المطلب الثانى

أساس الإعلام المنشئ

١٥٩ — ونبحث هنا (أ) تعليل الفقهاء لانتفاء ضرورة الإعلام في التعبيرات

الملقاة (٢) تعليل ضرورة الإعلام في التعبيرات المتلقاة (٣) أدلة مثبتة الإعلام ونفاته في التعبيرات المختلف فيها .

§ ١ — تعليل انتفاء ضرورة الإعلام في التعبيرات الملقاة

١٦٠ — لسنا نجد في الكتب الفقهية تعليقات لعدم ضرورة الإعلام في كل

التعابير الملقاة . فثمة تعبيرات سكنت الفقهاء عن علة عدم ضرورة إعلامها رغم أهميتها كتمبير القبول . على أننا حتى في مجال التعابير المعللة لسنا نجد تعليلاً وحيداً لعدم ضرورة الإعلام بل ثمة تعليقات ممتدة تختلف حسب طبيعة التعبير الذي تتناوله . وهذه التعليقات تذهب إلى أن الإعلام غير ضروري إما لأن التعبير غير ملزم للمير كما في اختيار المالك رفع عقد الفضولي، وإما لأن صاحب التعبير يستعمل حقه على الخلوص كما في الرجعة ، وإما لأن المخاطب يحكي كلام المخاطب كما في عزل الرسول، وإما لأن التعبير هو من قبيل الإسقاطات كالتنازل عن حق الشفعة ، والإبراء ، والإجازة ، والطلاق ، والعناق ، والعفو عن القصاص ، ونستعرض فيما يلي النصوص الفقهية التي تفصل هذه التعليقات :

(١) اختيار المالك رفع عقد الفضولي : جاء في العناية شرح الهداية : « ومنها اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم الماقد بلا علم . . . لأنه امتناع عن عقد لا إلزام فيه ^(١) » . وجاء في فتح القدير : « ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين . . . لأن عقدها لا وجود له في حق المالك إذ لا ولاية لها عليه ^(٢) » .

(ب) الرجعة : جاء في البدائع : « وكذا إعلامها بالرجعة ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت ، لأن الرجعة حقه على الخلوص لكونه تصرفاً في ملكه بالاستيفاء والإستقامة ، فلا يشترط فيه إعلام الغير ، كالإجازة في الخيار ^(٣) » . وجاء في العناية شرح الهداية : « لو لم يعلمها ، صحت الرجعة لأنها استدامة للقائم ، وليست بإنشاء . فكان الزوج في خالص حقه ، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير ^(٤) » .

(ح) عزل الرسول : جاء في البدائع : « وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وذا محتمل للرجوع ، فههنا أولى ، وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به . . . لأن الرسول يحكي كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه ، فكان سفيراً ومعبراً فلم يشترط علم الرسول ^(٥) » .

(١) العناية شرح الهداية على الفتح ، ج ٥ ، ص ١٢٣ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

(٣) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٣٨ ، س ٦ .

(٤) العناية شرح الهداية ، ج ٣ ، ص ١٦٣ .

(٥) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٨ .

(٥) الإسقاطات : (١) الإجازة : جاء في حاشية الطحطاوى : « أجاز من له الخيار ولو أجنبياً صح ، ولو مع جهل صاحبه إجماعاً . لأنها إسقاط حق فلا يعتبر علم صاحبه بها كالطلاق والعتاق ^(١) » . وجاء في المبسوط : « وإن اختار لزوم البيع والمشتري غائب ، فهو جائز ، لأنه لا يلزم المشتري بتصرفه ما لم يلتزم . فالبيع لازم في جانب المشتري . وإنما يسقط البائع حق نفسه في الفسخ بالإجازة ، وذلك صحيح منه بعد غيبة المشتري ، فليس له بعد ذلك أن ينقضه ، كما لو لم يكن في البيع خيار لواحد منهما ^(٢) » . وجاء في تبين الحقائق : « وكالإجازة فإن علم الآخر لا يشترط فيها ، فلهذا لا يشترط رضاه ، ولأنه لا ضرر فيها على صاحبه ، إذ هو موافق له فيها ^(٣) » . وجاء في الهداية : « وله أن يحيز فإن أجازة بغير حضرة صاحبه جاز ^(٤) » . وجاء في المبسوط : « وهذا [الفسخ] بخلاف الإجازة ، فإنه لا يلزم البائع بإجازته ، وهو نظير الرضا بالعيب من المشتري ، فإنه يصح بغير علم البائع لأنه لا يلزمه شيء ^(٥) » .

(٢) الطلوع : جاء في المبسوط : « وليس هذا [الفسخ] كالطلاق ، فإن الزوج بإيقاع الطلاق لا يلزمها شيء ، إنما يرفع الحل الثابت له ، وكذلك في الرجمة ، لا يلزمها شيء ، لأن النكاح باق بعد الطلاق الرجعي على حاله ^(٦) » . وجاء في العناية : « لأن ذلك [الطلاق] من الإسقاطات ، وما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام ، كإسقاط الحمل عن الدابة ^(٧) » .

(٣) و (٤) العتاق والعفو عن القصاص : « جاء في فتح القدير :

« ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ... فإنها إسقاطات ، لا يلزم بها شيء »

(١) حاشية الطحطاوى ، ج ٣ ص ٣٤ ، س ٢٧ .

(٢) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٧ .

(٣) تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٨ .

(٤) الهداية على الفتح ، ج ٥ ، ص ١٢٠ ، س ٥ .

(٥) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٤ .

(٦) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٥ .

(٧) العناية على الفتح ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

من أسقط عنه ، فلا يتوقف على علمه^(١) .

(٥) و (٦) التنازل عن هو الشفعة والبراء : جاء في المحيط للسرخسي :
« ولو سلم الشفعة بعد البيع ، قبل العلم بالشراء بطلت شفعته ، وإن لم يكن المشتري
حاضراً ، لأنه إسقاط حق ، بدليل أنه يصح من غير قبول ، ولا يرتد بالرد .
فلا يشترط لصحته العلم ، كالإبراء عن الديون وكالمعاق^(٢) » .

(هـ) خيار البلوغ : جاء في جامع الفصولين : « بلغت والزوج غائب ،
هل لها أن تختار نفسها ، وهل يفرق ؟ لاشك أنه لا يفرق ، لأنه قضاء على الغائب ،
ولكن لها أن تختار نفسها حين بلغت ، لئلا يبطل حقها . فإذا حضر الزوج تدعى
أنها اختارت نفسها ، فيفرق بينهما . . . والحاصل أن كل فرقة تحتاج إلى الحكم
لم يجز الحكم عند الغيبة ، كما في خيار الإدراك والتزويج من غير كفاء والفرقة
بلعان ، وعنه ، وجب ، وإبراء عن الإسلام . وكل فرقة لا تحتاج إلى الحكم تصح
بغيبية الآخر كخيار مخيرة أو عتق أو بأمر باليد^(٣) » .

(و) فسخ المستأجر : جاء في جامع الفصولين : « لو فسخ المؤجر بلا علم الآخر
لم يجز ، لإبطال حقه . ولو فسخ المستأجر بغيبية المؤجر جاز ، إذ أبطل حق
نفسه .^(٤) »^(٥) .

§ ٢ — تعليل ضرورة الإعلام في التعبيرات المتلقاة

١٦١ — تعددت الطرق التي سلكها الأحناف لتعليل ضرورة الإعلام المنشئ
في التعبيرات المتلقاة ، ونستعرض فيما يلي تعليل الفقهاء لهذه الضرورة بإيجاز
ثم نأتي على ذكره مفصلاً كما ورد في النصوص الفقهية :

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

(٢) المحيط للسرخسي ، ج ٧ ، ص ٢٤٦ ، ص ٢١ (مخطوط في مكتبة الأزهر) .

(٣) جامع الفصولين ، ج ١ ، ص ٢١٤ ، ١٣ .

(٤) المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣٩ ، ص ٩ .

(٥) ترجىء الكلام عن الفسخ الفعلي والغزل الفعلي إلى حين الكلام عن موقف التعبيرات
الضمنية من الإعلام المنشئ (راجع ماسياتي ف ١٦٨ — ف ١٧٢) أما الرجوع والقبول فتند
أشرنا إليهما فيما سبق (راجع ف ١٢٨ وف ١١٧) .

(١) تعيين الوكيل ، إذن العبد ، حججه : استند الفقهاء في تسويغ الإعلام المنشئ في هذه التعبيرات إلى قياسه على الإعلام المنشئ في الأحكام الشرعية . فكما أن إذن الشرع ، ومنعه ، وأمره لا يتم إلا بعلم المكلف^(١) فكذلك إذن صاحب التعبير ، ومنعه ، وأمره لا يتم إلا بعلم المخاطب .

(ب) عزل الوكيل : توسع الفقهاء في بيان المسوغات التي تؤيد الإعلام المنشئ في عزل الوكيل ولعل الباعث الذي حدا بهم إلى هذا التوسع هو الرد على اعتراض الشافعي رحمه الله ، الذي ذهب إلى أن لا ضرورة للإعلام في العزل ، لأنه إسقاط ، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه . ولقد جاء الأحناف للرد على هذا الإعتراض بمدة حجج مؤداها أن العزل ملزم للوكيل ، مستحث له ، وقد يلحق به أضراراً مادية أو أدبية ، فيجب أن لا ينفذ في حقه ما لم يعلم به .

(ج) تفويض المرأة بتطبيق نفسها : يأخذ هذا التعبير طابع التعبيرات الاستثنائية التي تستثير من الموجه إليه التعبير رد فعل إيجابياً كان أو سلبياً . ولعل هذا الطابع هو الذي حدا بالفقهاء إلى فرض الإعلام المنشئ على هذا النوع من التعبيرات وهذا ما سنستخلصه من مؤدى التعليل الذي جاء به السكاساني لدعم الإعلام في التفويض كما سنرى . ويلاحظ هنا أنه في الوسع قياس إذن المفوضة على إذن العبد ، ففي كليهما يأذن المخاطب للمخاطب بعمل ما .

(د) الإيجاب : لعلنا نستطيع أن نضع الإيجاب في زمرة التفويض ففي كليهما يستحث المخاطب المخاطب على القيام بعمل هو خيار الطلاق أو بقاء الزوجية في التفويض وخيار القبول أو الرفض في الإيجاب . على أن الفقهاء يدلون بتعليلات خاصة لاشتراط الإعلام المنشئ في الإيجاب . فقد ذهب برهان الدين إلى أن ضرورة الإعلام في الإيجاب تستند إلى كونه جزءاً مقوماً في إرادة الأثر (الرضا) . وما لم يتحقق هذا الإعلام لا يكون الرضا قائماً .

(١) جاء في أصول الفقه للخضري (ص ٩٤) « للفعل الداخل تحت التكليف شروط ... أن يكون معلوماً كونه مأموراً به من جهة الله تعالى حتى يتصور منه قصد الإمتثال . »

ونستعرض فيما يلي التصوص الفقهيّة الموضحة لما سبق :

(أ) تعيين الوكيل : جاء في البدائع : « لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط . . . لأن حكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به ، أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به ، كما في أوامر الشرع^(١) » . وجاء في الأشباه والنظائر للحموي : « الوكيل لا يكون وكيلاً قبل العلم بالوكالة . . . لأنها أمر فتعتبر بأوامر الشرع ، وأنه لا يلزم بلا علم ، وال لزوم بلا علم في دار الإسلام لحصول العلم تقديراً لشيوع الخطاب ، فاندفع دار الحرب لعدم الشيوع فيه ، لعدم كونه دار الأحكام^(٢) » .

(ب) إزله العبد : جاء في البدائع : « ولا خلاف في أن العلم بالإذن شرط لصحة الإذن . . . لأن الإذن هو الإعلام قال الله تعالى : « وأذن من الله ورسوله » أي إعلام والفعل لا يعرف إعلاماً إلا بعد تعلقه بالعلم . ولأن إذن العبد يعتبر بإذن الشرع ، ثم حكم الإذن من الشرع لا يثبت في حق المأذون إلا بعد علمه به ، فعلى ذلك إذن العبد^(٣) .

(ج) هجر العبد : جاء في البدائع : « فإن لم يعلم لا يصير محجوراً لأن الحجر منفع من تصرف شرعي وحكم المنع في الشرائع لا يلزم الممنوع إلا بعد العلم ، كما في سائر الأحكام الشرعية^(٤) » .

(د) عزل الوكيل : جاء في تبين الحقائق : « وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل . وقال الشافعي رحمه الله : ينعزل بعزله وإن لم يبلغه العزل لأنه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق والعزل الحكمي . . . »

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ . (٣) البدائع ، ج ٧ ، ص ١٩٣ .

(٢) الأشباه والنظائر للحموي ، ج ٢ ، ص ١٨ . (٤) المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .

ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود ، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه خطاب الشارع حتى إذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المسكف ولأن في انزاله إضراراً به لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعاً بخلاف الطلاق والإعتاق والعزل الحكمي لأن العزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم^(١) . وجاء في الجوهرة النيرة : « وإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته . . . لأن العزل نهى والأوامر والنواهي لا يثبت حكمها إلا بعد العلم بها^(٢) » وجاء في البدائع : « ولصحة العزل شرطان : أحدهما علم الوكيل به لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ^(٣) »^(٤) .

(هـ) عزل الوكيل نفسه : جاء في الدر المختار : « وللوكيل بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق ، وبيع ماله ، وبشراء شيء بغير عينه ، عزل نفسه بشرط علم موكله ، أما الوكيل بالبنكاح فإنه يصح عزل نفسه في هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره^(٥) »^(٦)

(و) تفويض المرأة بتطليق نفسها : جاء في البدائع : « ولو جعل الأمر بيدها وهي غائبة أو حاضرة لم تسمع لا يصير الأمر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر لأن معنى صيرورة الأمر بيدها في الطلاق هو ثبوت الخيار لها ، وهو اختيار نفسها

(١) تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ٢٨٧ ، س ٩ .

(٢) الجوهرة النيرة ، ج ١ ، ص ٣٠٤ .

(٣) البدائم ، ج ٦ ، ص ٣٧ ، س ١٦ .

(٤) وفي نطاق القانون العام يلاحظ أن عزل القاضى هو تعبير متلقى ، جاء في البدائع (ج ٧ ،

ص ١٦ ، س ٣٠) : « وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل . »

(٥) رد المختار ، ج ٤ ، ص ٤٢٣ .

(٦) جاء في المادة ١٥٢٤ من المجلة : « إذا عزل الوكيل نفسه فيلزمه أن يعلم الموكل بعزله

وتبقى الوكالة في عهده إلى أن يعلم الموكل عزله ، وإذا كان وكيلاً لشراء مال معين وعزل نفسه من الوكالة فليس له شراءه لنفسه ما لم يبلغ خبر انزاله إلى الموكل . . . »

وفي نطاق القانون العام يلاحظ أن استقالة القاضى هي أيضاً تعبير متلقى فقد جاء في رد المختار

(ج ٤ ، ص ٤٣٣) : « وكذا يشترط علم الساطن بعزل قاض وإمام نفسهما وإلا ، لا . »

بالطلاق ، أو زوجها بترك الطلاق اختياراً لا يثبت وهذا لا يتحقق إلا بعد العلم بالتخيير ، فإذا علمت بالتخيير صار الأمر بيدها^(١) . »

(ز) الإيجاب : جاء في المحيط البرهاني : « ولو قال : بعته فبئله يا فلان . فبئله رجل آخر جاز ، لأنه حين قال فبئله فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ وكل من بلغه كان التبليغ برضاء ، فإن قبل صح البيع^(٢) » .

(ح) الفسخ بخيار العيب : جاء في تبين الحقائق : « وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالإجماع لأنه لا يثبت إلا بالقضاء^(٣) » .

(ط) فسخ عقد المضاربة : جاء في البدائع : « يبطل عقد المضاربة بالفسخ وبالنهي عن التصرف ، لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي^(٤) » .

(ي) فسخ الشركة : جاء في البدائع : « وأجمعوا على أن فسخ أحد الشريكين الشركة . . . بغير علمه لا يصح^(٥) »^(٦) .

§ ٣ - الحالات المختلف فيها

١٦٢ - استعرضنا فيما سبق التعبيرات الملقاة والتعابير المتلقاة التي هي محل إجماع الفقهاء في المذهب الحنفي ، ورأينا أيضاً المسوغات التي أيد بها هؤلاء الفقهاء تصنيف هذه التعبيرات في هذا النوع أو ذاك . ونستعرض فيما يلي حالتين قام الخلاف حولهما بين أبي يوسف من جهة وأبي حنيفة وعمر من جهة أخرى

(١) البدائع ، ج ٣ ، ١١٣ ، س ٢٥ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٩٣ ، ص ٧٩ .

(٣) تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٨ .

(٤) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٢ ، س ٦ .

(٥) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٧٣ .

(٦) جاء في م ١٣٥٣ من المحلة : « تنفسخ الشركة بفسخ أحد الشريكين لكن علم الآخر

بفسخه شرط ، فلا تنفسخ الشركة ما لم يكن فسخ أحدهما معلوماً الآخر . »

وما تان الحالتان هما : الفسخ بخيار الشرط والوصاية ^(١) .

(١) الفسخ بخيار الشرط

١٦٣ - اختلف فقهاء المذهب الحنفي في ضرورة الإعلام في الفسخ بخيار الشرط .
فقد ذهب أبو يوسف إلى انتفاء هذه الضرورة ، وتبعه في ذلك السكال بن همام . بينما
ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى قيام هذه الضرورة ^(٢) . ونستعرض فيما يلي أدلة نفاة الإعلام
في الفسخ ، واعتراض مثبتيه على هذه الأدلة .

١٦٠ - أدلة نفاة الإعلام : أولاً : إن صاحب الخيار إذا بفسخ العقد إنما يمارس
حقه على الخلوص شأنه في ذلك شأن المطلق والمُرتجع والمجيز والخيرة ، فيجب إذن
أن لا يتوقف فسخه على علم الطرف الآخر ، ويقول صاحب المبسوط في هذا الصدد :
« إن تصرف صاحب الخيار بالفسخ يلاقى خالص حقه ، فيكون نافذاً كالزوج إذا
طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها ، والمعتقة إذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان
اختيارها صحيحاً وبيان الوصف ، أن الخيار خالص حق من له الخيار ، ولهذا لا يشترط
رضا الآخر في تصرف من له الخيار بحكم الخيار ، فكذلك لا يشترط حضوره ^(٣) .
واعتبر الفسخ بالإجازة ^(٤) » .

(١) ويلاحظ هنا أن الحالات الخلافية الأخرى كالإيجاب والقبول والرجوع عن الإيجاب في
التعاقد بين الحاضرين كانت محل خلاف المتأخرين من أتباع المذهب ، لا المتقدمين منهم كما هو
الحال في الفسخ بخيار الشرط والوصاية . ولقد سبق أن استعرضنا حجج مثبتي الإعلام المنشئة ونفاة
في الإيجاب والقبول عند بحثنا لتكوين العقود (راجع ماسبق ، ف ١٢٠ وماب ، ص ١١١ وماب)
أما الرجوع عن الإيجاب فقد سكنت كتب الفقه عن ذكر أدلة مثبتة لإعلامه ونفاة (راجع ماسبق ،
ف ١١٧ ، ص ١٠٨) .

(٢) يلاحظ هنا أن ضرورة الإعلام في الفسخ بخيار الرؤية وفي البيع الفاسد كانت محل
لاختلاف الفقهاء شأنها في ذلك شأن ضرورة الإعلام في الفسخ بخيار الشرط فقد جاء في البدائع
(ج ٥ ، ص ٢٧٣) : « وأما خيار الرؤية فهو على هذا الاختلاف ذكره السرخسي » وجاء
في البدائع أيضاً (ج ٥ ، ص ٣٠١ ، س ١) : « وأما شرائط صحة الفسخ فهو أن يكون الفسخ
بمحضر من صاحبه ، ذكره السرخسي ولم يذكر الاختلاف فيه وذكر القاضي الإمام الأسديجاني
رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا شرط عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس
بشرط وجعله على الاختلاف في خيار الشرط والرؤية » .

(٣) أي علمه .

(٤) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٤ .

ثانياً : أن كل من سلَّط على عمل ما لا يتوقف عمله على علم المسلط ، ولما كان صاحب الخيار مسلَّط على الفسخ من قبل من ليس له الخيار ، ففسخه إذن لا يتوقف على علمه شأنه في ذلك شأن الوكيل الذي سلط على التصرف بمال الموكل فإن نفاذ تصرفه لا يتوقف على علم الموكل . ويقول نفاة الإعلام في هذا المعنى : « إن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه ، والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل ^(١) و ^(٢) » .

ثالثاً : إن إلزام صاحب الخيار بممارسة الفسخ خلال ثلاثة أيام يستلزم إعفاء صاحب الخيار من إعلام الفسخ إلى من ليس له الخيار ، لأن هذا الأخير قد يقوم بتعطيل ممارسة الفاسخ لحقه في الفسخ وذلك بأن يحتق خلال هذه الفترة المحددة فلا يقوم الفسخ لعدم تلقيه من الموجه إليه التعبير فيؤول ذلك إلى الإضرار بالراغب في الفسخ لإلزامه بعدم لاي رضاه . جاء في المبسوط : « إن الخيار شرط ليدفع به الضرر عن نفسه ، فلو لم يكن متمكناً من الفسخ بغير محضر من صاحبه يفوت قصده ، لأن الآخر يخفى شخصه حتى تضى مدة الخيار فيلزمه العقد شاء أو أبى ، ولهذا سقط اعتبار رضاه ، فكذلك يسقط إعتبار حضوره . وهذا بخلاف خيار العيب فإنه غير موقت : فلو شرطنا حضور البائع فيه للفسخ لا يتضرر به المشتري من حيث سقوط خياره بمضى المدة ، ثم هناك المشتري غير مسلط على الفسخ ، وإعنا له حق المطالبة بتسليمه الجزء الفائت ، فإذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ ، فلا يتحقق عجزه إلا بمحضر منه ^(٣) » .

رابعاً : إن الفسخ القولى يجب أن يكون تعبيراً ملق كالفسخ الفعلى فكما أن هذا الأخير يتم بدون إعلامه إلى من ليس له الخيار فكذلك يجب أن يكون الأول .

(١) المرجع السابق .

(٢) ويقول صاحب العناية في هذا المعنى : « إن من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه ، وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة (العناية على الفتح ، ج ٥ ، ص ١٢٠) . »

(٣) المبسوط ، المرجع السابق .

١٦٥ — إعتراضه منتهى العلم : لم تسلم أدلة نفاة الاعلام في الفسخ
بختيار الشرط من تجريح مثبتيه .

ونورد فيما يلي الاعتراضات التي فند بها هؤلاء أدلة أولئك :

أولاً : يرى مثبتو الإعلام أن قياس الفسخ على الطلاق والرجعة وخيار المعلقة والإجازة الذي عول عليه نفاة الإعلام هو قياس مع الفارق ذلك لأن الفسخ — خلافاً للتصرفات المقيسة عليها — يحمل معنى إلزام الموجه إليه التعبير والشأن فيما يحمل إلزاماً للغير عادة أن يكون معلوماً منه ويقول صاحب المبسوط في هذا الصدد : « إن الفاسخ يلزم غيره حقاً فلا يبطل تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به ، كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبته لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به ، وبيان الوصف أن العقد ينعقد مع الخيار ، وبالفسخ ارتفع الانعقاد في حق الآخر ، وحكم الفسخ ضد حكم العقد ، فعرّفنا أنه بتصرفه يلزم غيره حقاً وتأثيره أنه لا يتمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ إذا لم يعلم به ، ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب ما لم يعلم به كما في خطاب الشرع^(١) » .

وينفي صاحب المبسوط وجوه الشبه بين الفسخ وغيره من التعبيرات الملقاة فيقول : « وهذا [الفسخ] بخلاف الإجازة فإنه لا يلزم البائع بإجازته وهو نظير الرضا بالعيب من المشتري فإنه يصح بغير علم البائع لأنه لا يلزمه شيء ... وليس هذا [الفسخ] كالطلاق فإن الزوج بإيقاع الطلاق لا يلزمها شيء إنما يرفع الحل الثابت له وكذلك في الرجعة لا يلزمها شيء لأن النكاح باق بعد الطلاق الرجعي على حاله^(٢) »

ثانياً : إن المصدر الذي يخول صاحب حق الخيار حقه في الفسخ ليس هو تسليط الطرف الآخر بدليل أن هذا الآخر لا يملك حق الفسخ فكيف يملك غيره مالا يملك ؟ .

وإنما المصدر هو العقد نفسه الذي غداً مسلوب اللزوم باقترانه بختيار الشرط .

(١) المبسوط ، المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

وعلى ذلك فإن وجه الشبه ليس قائماً بين صاحب حق الخيار والوكيل الذى يتصرف دون إعلام موكله . وإنما الشبه قائم بين الفاسخ وأمثاله فى العقود غير اللازمة الدين لا يفسخون إلا بعلم الطرف الآخر . ويقول صاحب المبسوط فى هذا المعنى : « ولأن العقد بشرط الخيار يصير غير لازم فى حق من له الخيار فيلتحق بالعقد التى هى غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من صاحبه ، وإن كان يملك فسخها بغير رضا صاحبه . وتقرير هذا الكلام من وجهين : أحدهما : أن تصرف الشروط له الخيار لا ينمقذ فى حق صاحبه بتسليط إياه على ذلك وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ . ولكن إنما يتمكن من الفسخ لأن العقد غير لازم فى حقه ، وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن إنما لا يتمكن من الفسخ بغير علمه كما فى الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل ، لأن الوكيل مسلط على التصرف من جهة الموكل بتسليطه إياه على التصرف ... يوضحه أن اشتراط الخيار فى العقود التى هى غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لا يجوز ، ولو كان اشتراط الخيار ليمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه لصح فى هذه العقود ، لكونه محتاجاً إليه ، فحيث لم يصح عرفنا أن موجب الخيار دفع صفة اللزوم^(١) » .

ويقول صاحب العناية فى هذا المعنى : « ولا نسلم أنه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لأن التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتملك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه فى البياعات لأنه لا إلزام فيها^(٢) » .

ثالثاً : أما الضرر الذى قد يلحق صاحب الخيار من جراء اختفاء صاحبه فهو ضرر موهوم ذلك لأن « الظاهر إنه لا يحتفى لأنه أمين حين أثبت الخيار لصاحبه »^(٣)

(١) المبسوط ، المرجع السابق .

(٢) العناية ، المرجع السابق .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

على أن صاحب الخيار يستطيع أن يتوق مضار هذا الاختفاء وذلك بأن « يستوثق ،
فيأخذ منه وكيلة ثقة إذا خاف الغيبة ، حتى إذا غاب يردّه عليه »^(١) »

وبلاحظ هنا أن مثبتى الإعلام لم يجدوا ما يمترضون به على الحجة الأخيرة التي
أدلى بها خصوم الإعلام والتي قاسوا بها الفسخ القولى على الفسخ الفعلى الذى
لا يتوقف على الإعلام والذي هو محل اتفاق فقهاء المذهب جميعاً . وسنعود
إلى هذه المسألة ثانية عند بحثنا لموقف التعبيرات الضمنية من الإعلام المنشئ^(٢) و^(٣)

(ب) الوصاية

١٦٦ — اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى ضرورة الإعلام فى الوصاية فقد ذهب
أبو يوسف إلى هذه الضرورة بينما ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى انتفائها . ويلاحظ أن
موقف هذين الفريقين من الإعلام هنا يفاير موقفهما من هذا الإعلام فى الفسخ بخيار
الشرط . فبينما ذهب أبو يوسف إلى ضرورته هنا ذهب إلى انتفاء ضرورته هناك وإلى
العكس من ذلك ذهب أبو حنيفة ومحمد . وسيبين من استعراض أدلة الفريقين فيما يلى ،
أن مرد خلافهما يعود إلى اختلافهما فى نظرتهما إلى طبيعة الوصاية فالرأى الأول
يذهب إلى أنها خلافة وما دامت كذلك فهي ليست تتوقف على علم الخلف شأنها فى ذلك
شأن الخلافة الإجبارية فى الميراث حيث يصح تصرف الوارث بمال مورثه ولو لم يعلم
بوفاته بينما يذهب الرأى الثانى إلى أن الوصاية نيابة ، فيجب أن لا تتم إلا بعلم النائب
شأنها فى ذلك شأن النيابة حال الحياة . ونستعرض فيما يلى النصوص الفقهية التي
تشير إلى المسوغات التي استند إليها كل فريق لدعم نظريته .

أدلة نفاذ العلم فى الوصاية : جاء فى الأشباه والنظائر : « وليست الوكالة
كالوصاية فإن الموصى له إذا باع من التركة قبل علمه بالوصاية والموت يصح لأنها خلافة

(١) المرجع السابق .

(٢) راجع ماسيأتى ، ف ١٦٨ .

(٣) ونشير هنا إلى أن مرشد الحيران أخذ برأى أبي حنيفة جاء فى المادة ٢٤٠ « لا يفسخ
العقد المشروط فسخه بالخيار إذا فسخته من له الخيار فوراً أو فعلاً فى المدة المعينة له ، ويشترط علم
الآخر فى المدة فى الفسخ القولى لا الفعلى » .

كالورثة وتصرف الوارث قبل علمه بالورثة والموت يصح . وفائدة كونه وصاية عدم تمكنه من إخراج نفسه من الوصاية لعدم ملكه ذلك بعد القبول بخلاف الوكالة فإنها أمرونية فتعتبر بأوامر الشارع^(١) .

وجاء في البدائع : « ليس التوكيل كالوصاية فإن من أوصى إلى رجل غائب أى جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصى ثم إن الموصى باع شيئاً من تركته الميت قبل علمه بالوصاية والموت فإن بيعه جائز استحساناً . ويكون ذلك قبولاً منه للوصاية حتى لا يملك إخراج نفسه منها والقياس أنه لا يجوز . والفرق أن الوصى خلف من الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث . ولو باع الوارث تركته الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه ، فكذا الوصى ؛ بخلاف التوكيل لأنه أمر من الموكل وحكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم أو سببه على ما مر^(٢) » .

وجاء في فتح القدير : « ووجه الفرق على الظاهر [بين الوصاية والوكالة] أن الوصاية خلافة في التصرف عن الميت كالورثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة لإضافتها إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ، ولذا لو باع شيئاً ، ثم ظهر موت المورث ، ظهر نفاذه حين صدر . والوصاية استخلاف في مضاف إلى ما بعد الموت أيضاً وهو زمان بطلان الإنابة ، فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث . أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية النوب عنه ولهذا ينعزل الوكيل بالموت . . . فيتوقف على العلم ، وإذا وقفناه على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الأول يفوت لمعجز الموصى بالموت^(٣) » .

أردت مثبتى الإغتراف في الوصاية : جاء في العناية : « ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة ، فهو وصى ، وبيعه جائز . وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه . وعن أبى يوسف أنه اعتبر الأول بالثاني لأن وصف الإنابة أى النيابة جامع فإن الوصاية إنابة بعد الموت والوكالة إنابة قبله . وكلا لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم ، لم يجز تصرف الوصى قبله^(٤) » .

(١) الأشباه والنظائر للجموى ، ج ٢ ، ص ١٨ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٢٦ .

(٤) العناية على الفتح ، المرجع السابق .

١٦٧ — تقرير الآراء المتعارضة : إننا نميل إلى الرأى القائل بضرورة الإعلام

فى كل من الفسخ والوصاية لقوة مبناه. ونشير هنا إلى أن اعتبار الرأى المخالف تصرف الوصى بمال الوصى قبولاً ضمنياً للوصاية، رغم جهله بتعيينه، لا يخلو من النقد. ذلك لأن هذا التصرف، فى نظرنا، هو تعبير ضمنى أجوف خاوع عن ركنه المعنوى؛ لأن إرادة صاحبه لم تتجه إلى قبول الوصاية، ويتضح محذور افتراض هذه الإرادة إذا علمنا أن الشارع يحول بين الوصى وخروجه من الوصاية، ولقد كان حرياً بالرأى المخالف أن يقيس تنفيذ الوصاية على تنفيذ الوكالة، واعتبار هذا التنفيذ قبولاً فى الحالات التى يكون فيها المنفذ عالماً بتعيينه المسبق.

المطلب الثالث

التعبيرات الضمنية والإعلام المنشئ.

١٦٨ — رأينا سابقاً أن نفاة الإعلام المنشئ فى الفسخ بخيار الشرط قد استندوا

فى دعواهم إلى قياس التعبير الصريح على التعبير الضمنى، فكما أن التعبير الضمنى فى نظرهم لا يتطلب الإعلام المنشئ لصحته، فكذلك يجب أن يكون التعبير الصريح. ورأينا أيضاً أن مثبتى الإعلام المنشئ لم يشاءوا أن يستجيبوا إلى هذا القياس، بل ذهبوا إلى التفرقة بين الفسخ الصريح والفسخ الضمنى، وقرروا أن الفسخ الضمنى يكفيه أن يكون تعبيراً ملق، بينما الفسخ الصريح يتحتم أن يكون تعبيراً متلقى. ونتساءل الآن لم وقف مثبتو الإعلام المنشئ فى الفسخ بخيار الشرط هذا الموقف المزدوج؟ وهل كان الباعث على موقفهم هذا هو مجرد التحكم أم أن فى طبيعة التعبيرات الضمنية ما يجعلها تستمعى على تقبل شرائط التعبيرات المتلقاة؟ الظاهر أن طبيعة التعبيرات الضمنية تستجيب إلى شرائط هذه التعبيرات ويدعم هذه الاستجابة الأدلة الثلاثة الآتية :

(١) إن الأحناف قد أوجبوا أن يكون عزل المضارب الضمنى تعبيراً متلقى.

(١١) — التعبير عن الإرادة)

(٢) إن الكاساني تارة يعتبر عزل الوكيل الضمني تعبيراً ملقاً وحيناً يعتبره تعبيراً متلقاً .

(٣) إن السكال بن همام قد دعا إلى اعتبار كل من الفسخ الصريح والفسخ الضمني تعبيراً متلقاً . ونفصل فيما يلي هذه الأدلة الثلاثة :

١٦٩ - (١) الإعلام المنشئ في العزل الضمني للمضارب : انفق الأحناف على وجوب التمييز بين عزل المضارب وعزل الوكيل في حالة صدور هذا العزل بصورة ضمنية ، وقرروا أن العزل الضمني يقتحم أن يكون تعبيراً متلقاً في حالة عزل المضارب بينما يكفي أن يكون تعبيراً ملقاً في حالة عزل الوكيل .

جاء في الدر المختار : « فلا ينمزل [المضارب] إلا بالعلم بخلاف الوكيل حيث ينمزل في الحكمي وإن لم يعلم ، كذا قاله ا : فإن قلت ما الفرق بينهما ؟ قلت : قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لا حق له بخلاف المضارب ، منح ^(١) » .

ويلاحظ هنا أن مبدأ العدالة هو الذي دعا الأحناف إلى الخروج عن أصلهم وإقرار الإعلام المنشئ في حالة العزل الضمني .

١٧٠ - (٢) الإعلام المنشئ في العزل الضمني للوكيل : يبدو أن الفقيه الكاساني قد تردد عند بحثه لعزل الوكيل ، عندما يتم بصورة ضمنية ، بين اشتراط الإعلام المنشئ في العزل الضمني ، وعدم هذا الإشتراط . فهو تارة يعتبره تعبيراً متلقاً ، وطوراً يعتبره تعبيراً ملقاً . وننقل فيما يلي نصين عن البدائع الأول منهما يشير إلى اشتراط الإعلام في العزل الضمني والثاني ينفي فيه الكاساني هذا الاشتراط مسaire الرأي السائد في الفقه الحنفي .

جاء في البدائع : « ولو دفع إلى إنسان مالا ليقضى دينه ، قضاة الموكل بنفسه ، ثم قضاة الوكيل ، فإن كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل ، فلا ضمان على الوكيل ، ويرجع

(١) الدر المختار على حاشية ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٥١٠ .

الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل ، وإن علم بأن الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لأن الموكل لما قضاه بنفسه ، فقد عزل الوكيل إلا أن عزل الوكيل لا يصح إلا بعد علمه به فإذا علم بفعل الموكل ، فقد علم بالعزل ، فصار متمدياً في الدفع ، فيلزمه الضمان . وإذا لم يعلم ، فلم يوجد منه التمدي ، فلا ضمان عليه ^(١) .

وجاء في البدائع أيضاً: «ثم من هذه الأشياء التي ذكرنا موت الموكل... تصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل... له أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي ، لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة بين البعض والبعض من وجه آخر وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل ، فباعه الوكيل ، وقبض الثمن ، فهلك الثمن في يده ، ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري ، ورجع المشتري على الوكيل بالثمن ، رجع الوكيل على الموكل . وكذا لو دبره أو أعتقه .. ، وفيما إذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وإن صار معزولاً بتصرف الموكل ، لكنه صار مغروراً من جهته ، بترك إعلامه بإياه ، فصار كفيلاً بما يلحقه من الضمان ، فيرجع عليه بضمان الكفالة ؛ إذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة .. ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت ^(٢) » .

وواضح من النصين السابقين أن الكاساني تارة يذهب إلى أن الوكيل لا ينعزل ضمناً إلا إذا علم بالعزل ، وحينئذ يذهب إلى أنه ينعزل ضمناً بمجرد تصرف الوكيل . أما إعفاءه من الضمان في حالة عدم إبذانه بواقعة العزل في الحالة الثانية فليس سببه كون العزل الضمني تعبيراً متلقى لم ينتج أثره في حقه ، بل سببه تخلف الموكل عن قيامه بالتزام يرتبه الشرع في ذمته وهو القيام بإبذان الوكيل بواقعة العزل الضمني .

وواضح أن إبذان العزل هنا يختلف عن إعلام العزل في حالة اعتباره تعبيراً متلقى لأن مضمون الإبذان هنا هو واقعة تمت قبل حدوثه ^(٣) .

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٣٥ ، س ٢١ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٩ ، س ٢١ .

(٣) راجع ماسبق ، ف ٨٣ ، ص ٧١ .

١٧١ - (٣) قباس الفسخ الضمى على الفسخ الصريح : جاء في فتح القدير

إبان اعتراض صاحبه على مثبتى الإعلام المنشئ في الفسخ بخيار الشرط الذين يميزون بين التعميرات الصريحة والتعميرات الضمنية ويقتصرون على اعتبار الأولى متفقة دون الثانية. ما يشير إلى ضرورة التسوية بين التعميرات الصريحة والتعميرات الضمنية واعتبارها جميعاً تعبيرات متفقة .

قال السكال بن همام : « وهذا الفسخ بالقول هو الذى الخلاف فى جوازه بغير علم الآخر، وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقاً .

وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري ، لأنه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ^(١) » .

١٧٢ - تسويغ عدم ضرورة الإعلام في التعميرات الضمنية: انتهينا مما سبق إلى أن طبيعة التعميرات الضمنية قد تستجيب لشرائط التعميرات المتفقة ، ولولا ذلك لما أوجب الفقهاء الأحناف ضرورة الإعلام في العزل الضمى^(٢) . إذا ثبت ذلك لنا أن نتساءل من الباعث الذى حدا بالأحناف إلى التفرقة بين الفسخ الصريح والفسخ الضمى ، واستلزام الإعلام فى الأول دون الثانى ، هل هو التحكم الذى كان موضع استمجان السكال بن همام ، أم أن ثمة اعتباراً آخر حدا بهم إلى ذلك .

الظاهر من النصوص أن الفقهاء يسوغون هذه التفرقة بالإستناد إلى قاعدة معروفة فى الفقه الإسلامى مؤداها أن «الشيء قد يثبت حكماً وإن كان يبطل قصداً» على

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

(٢) وتورد فيما يلى بعض الأمثلة التى يضر بها الفقهاء الغربيون عادة للتعميرات الضمنية المتفقة

لتعير القبول مثلاً عند ما يتم عن طريق إرسال البضاعة إلى الموجب (Gosack, P. 179 راجع دورما ص ٢٥٥) وكحالة الطالب الذى يعد صاحب أقرب فندق إلى المحطة بأنه سيبت فى أمر نزوله لديه قبيل المساء ثم يرسل أمتعته إليه وكحالة الطبيب يعود مريضاً بناء على كتاب سبق أن أرسله المريض إليه يطلب فيه علاجه (زيتلمان ، ج ١ ، ص ١٣٣ . راجع دورما ص ٢٥٦) . ويلاحظ أن كون القبول فى الأمثلة الثلاثة السابقة تعبيراً ضمياً لم يمنع من تحقيقه لشرائط التعبير المتلقى .

أن هذا التسوية في رأينا ليس سوى تسوية ظاهرية، وسيثبت لنا ذلك عند دراستنا لصلة الإعلام المنشئ بالشككية، حيث سننتهي إلى أن الإعلام المنشئ هو ضرب من الشككية وأن هذا ما يدعو الأحناف إلى الإقتصاد في اشتراطه، وقصره على التعابير الصريحة دون الضمنية.

ونسقعرض فيما يلي بعض النصوص الفقهية التي تشير إلى عدم ضرورة الإعلام في كل من الفسخ بخيار الشرط، وعزل الوكيل، عندما يتمان عن طريق التعبير الضمني.

(١) الفسخ الفعلي في خيار الشرط :

جاء في فتح القدير : « وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقاً ... فإن كان الخيار للبائع، فهو أن يتصرف في المبيع تصرف المالك، كالعتق والبيع والوطء وجميع ما قدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع^(١) » .

وجاء في العناية : « وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكماً ... والثاني هو ما يكون بالفعل، كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف المالك، كما إذا أعتق المبيع أو باعه، أو كانت جارية فوطئها أو قبلها، أو أن يكون الثمن عيناً فتصرف المشتري فيه تصرف المالك فيما إذا كان الخيار للمشتري فإن العقد يفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لأنه فسخ حكماً . والشئ قد يثبت حكماً وإن كان يبطل قصداً^(٢) » .

وجاء في تبين الحقائق : « ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له في التجارة حكماً^(٣) » .

وجاء في جامع الفصولين : « فإن فسخ بفعل يجوز بلا علم الآخر وفقاً وهو بأن

(١) فتح القدير، المرجع السابق .

(٢) العناية شرح الهداية، ج ٥، ص ١٢٠ .

(٣) تبين الحقائق، ج ٤، ص ١٨ .

تصرف في المبيع ببيع أو وطاء ، فإن كان الخيار للبائع تضمن ذلك فسخ البيع ، ولو للمشتري فهو إجازة^(١) .

وجاء في المبسوط : « ولو كانت جارية فأعتقها البائع أو دبرها أو وطأها أو قبلها عن شهوة أو كاتبها أو رهنها وسلمها ، أو وهبها وسلمها ، أو أجرها وسلم أو لم يسلم فهذا كله نقض للبيع . . . ثم فسخ البيع بهذه الأسباب صحيح بغير محضر من المشتري ، لأن ثبوت الفسخ بطريق الحكم لا بقصد التصرف إلى ذلك ، فلا يتوقف على العلم ، كالموكل إذا أعتق العبد الذي وكل ببيعه ينعزل الوكيل وإن لم يعلم بخلاف ما إذا عزله قصداً^(٢) » .

وجاء في معين الحكم : « باع بخيار . . . لو فعل بالمبيع ما يدل على استيفاء الملك كوطء وقبلة ونظر إلى فرجها بشهوة كان فسخاً للبيع ، علم به المشتري أولاً ، والنظر إلى الفرج بلا شهوة لا يبطله . . . باع داراً فيه ساكن بأجر ، وشرط الخيار للمشتري ورضى به الساكن فطلب المشتري الأجر من الساكن بطل خياره ولو اشترى داراً بخيار فدام على السكنى لا يبطل خياره ، ولو ابتدأ السكنى بطل خياره^(٣) » .

(ب) عزل الوكيل ضمناً :

جاء في الفتاوى الهندية : « ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها ثم إن الموكل تزوج تلك المرأة بنفسه ، ثم طلقها ، ثم زوجها الوكيل إياه ، لم يجز^(٤) » « وكل رجل أن يطلق امرأته ، ثم طلق الموكل امرأته بائناً أو رجماً وانقضت عدتها ، فطلقها الوكيل لا يقع^(٥) » .

(١) جامع الفصولين ، ج ١ ، ص ٢٤٣ .

(٢) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٧ ، س ١ .

(٣) معين الحكم للطرابلسي ، ص ١٩١ ، س ١ .

(٤) وجاء في م ٢٤٠ من مرشد الحيران : « يفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار إذا فسخه من له

الخيار قولاً أو فعلاً في المدة المعينة له ويشترط علم الآخر في المدة في الفسخ القولي لا الفعلي » .

(٥) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٦٣٦ .

(٦) المرجع السابق ، ص ٦٣٧ ، س ١ .

المطلب الرابع

الإعلام المنشئ والشككية

§ ١ - هل الإعلام المنشئ هو ضرب من ضروب الشككية ؟

١٧٣ - للإجابة عن هذا السؤال يترتب علينا أن نرجع إلى المعيار الذي يجب أن يتحقق في تنظيم ما لكي يوصف بأنه شكلي . ولقد ذهب الرأي السائد في الفقه الغربي^(١) إلى أن هذا المعيار قوامه أمران : (١) تقييد إرادة صاحب التعبير في اختياره للطريقة التي يعبر بها عن إرادته . (٢) تأييد الشككية المطلوبة ببطلان التصرف الشكلي الذي يخلو منها .

ونحن إذا ما رجعنا إلى أحكام الإعلام المنشئ في الفقه الإسلامي نراها تستظل بهذا المعيار الذي انتهى الفقهاء إلى أنه فيصل التفرقة بين ما هو شكلي وغير شكلي بدليل أن التعبير المتلق في الفقه الإسلامي ، شأنه في ذلك شأن التعبير المتلق في الفقه الغربي ، يتطلب أن تصل الإرادة من حيث السكم إلى درجة معينة لا يكون التصرف قائماً إذا لم يبلغها ، وهذا تطلب يفضي ولا شك إلى تقييد إرادة صاحب التعبير^(٢) وبناء

(١) هناك رأيان في الفقه الغربي في صدد الشككية رأى مضيق يرى أن لاشككية إلا إذا كان ثمة شكل معين يجب التقيده به ، وآخر موسع يرى بأننا نكون أمام شككية في كل حالة يكون لصاحب التعبير حرية اختيار الوسيلة التي يحقق بها الشكل المطلوب . وقد قال بالرأي الأول Endemann ، وهو يرى أن تصرفاً ما هو شكلي عندما يفرض على التعبير عنه شكل معين ، و Isay وهو يرى أن الشككية هي مسلك وحيد يجب اتخاذه لإظهار الإرادة إظهاراً صحيحاً ، و Barassi ومؤداها عنده أن إرادة ما لا تعتبر إلا إذا ظهرت في مسلك خارجي معين ، و Ihering وهو يرى أن الشككية تقتضي أن يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه . أما الرأي الثاني فقد قال به Durma وهو يرى بأن الشككية ليست تحول دون اختيار صاحب التصرف الشكلي الوسيلة التي يحقق بها الشكل المطلوب (راجع دورما ف ١٧٤ ص ١٨٩ - ص ١٩٠) .

(٢) راجع دورما ، المرجع السابق

De même, avec la notification nécessaire, une certaine liberté de choix est laissée au déclarant, mais une limitation est néanmoins imposée à son autonomie : le moyen choisi devra être tel que sa déclaration arrive chez le destinataire.

على ما تقدم نجز لأنفسنا أن نصف الإعلام المنشئ بأنه مظهر من مظاهر الشكلية على أننا يجب أن نعترف هنا بأن شكلية الإعلام المنشئ في الفقه الإسلامى هي أكثر تهذيباً منها في الفقه الغربى . وهذه السمة الخاصة لشكلية الإعلام المنشئ في الفقه الإسلامى تجدد تسويتها في الطابع الرضائى العملى لهذا الفقه . أما مظاهرها فتبدو في أمور ثلاث نستعرضها فيما يلي :

(١) إن الفقه الإسلامى قد أجاز أحياناً حصول الإعلام المنشئ عن طريق الفضولى الأمر الذى يستخلص منه أن هذا الفقه قد قنع بمجرد حصول العلم عند الموجه إليه التعبير ولم يحتم توجيهه إليه عن طريق الرسالة أو الكتاب (١) .

(٢) أجاز الفقه الإسلامى أن يتم التعبير المتلقى — فى حالتى تعيين الوكيل وإذن العبد — بمجرد وصوله إلى علم من يتماقد مع المخاطب المنشئ للتعبير المتلقى ، وفى هذا خروج عن القاعدة الشكلية التى تقضى بأن التعبير المتلقى لا يقوم إلا إذا وصل إلى علم المخاطب المنشئ للتعبير نفسه ، أو على التعيين كما يقول الفقيه الكسانى (٢) .

(٣) أقر الفقه الإسلامى كقاعدة عامة أن التعبيرات الضمنية هي دوماً ملقاة ، وفى هذا تخفيف من حدة شكلية الإعلام المنشئ ، وفسح المجال للأفراد للتملص من هذا القيد المفروض على إرادتهم .

وبلاحظ أخيراً أن شكلية الإعلام المنشئ هي التى آلت به إلى أن يكون استثناء وأن يكون انتفا ضرورته هي القاعدة أو بمباراة أخرى إن مؤدى هذه الشكلية يقضى بأن يكون التعبير الملقى هو الأصل والتعبير المتلقى هو الإستثناء .

§ ٢ — الإرادة الخاصة والإعلام المنشئ

١٧٤ — ونسأل هنا هل للإرادة الخاصة أن تتنازل عن الإعلام المنشئ الذى يفرضه الشارع ؟ وهل لها من جهة أخرى أن تتطلب هذا الإعلام عند ما لا يتطلبه الشارع ؟

(١) راجع ما سبق ، ف ٩٥ ، س ٨٥ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، س ٢٠ . والنظر ما سبق ، ف ١٠٦ ، س ٩٣ .

١٧٥ - (١) التنازل عن الإعلام المنشئ : ليس لصاحب التعبير أن

يتنازل عن الإعلام المنشئ ذلك لأنه ليس للأفراد أن ينقصوا بإرادتهم الخاصة حماية الغير فليس يحق للموكل مثلاً أن يقرر أن عزله للوكيل يتم بمجرد العزل لا بعلم الوكيل . وكذلك ليس الموجه إليه التعبير أيضاً أن يتنازل عن الإعلام المنشئ ذلك لأن الإعلام يتطلبه الشارع لمصلحة المخاطب والمخاطب معاً بدليل أن الشارع لا يعتبر إرادة صاحب التعبير ملزمة إلا عند علم الموجه إليه التعبير ، وقبل هذا العلم لصاحب التعبير أن يرجع عن تعبيره . فليس الموجه إليه التعبير إذن أن يحرمه من هذا الحق بمجرد تنازله . وتتساءل هنا اللطرفين أن يتنازلا عن الإعلام المنشئ باتفاقهما المشترك كأن يتفق الموكل مع الوكيل مثلاً على أن يعتبر هذا الأخير معزولاً بمجرد العزل وبدون علم الوكيل . إن الإجابة عن هذا السؤال مرتبطة بموقف المذهب من صحة الشروط المقترنة بالعقد .

١٧٦ - (ب) الإعلام الذي تتطلبه الإرادة الخاصة : لتتصور حالة لا يتطلب

الشارع فيها إعلاماً منشئاً كفسخ المستأجر لعقد الإيجار مثلاً الذي لا يتطلب الشارع إعلامه إلى المؤجر بل يكفي بمجرد صدور التعبير . أفستطيع الإرادة الخاصة هنا أن تتطلب الإعلام كعنصر منشئ في الفسخ . إن الجواب عن هذه المسألة مرتبط أيضاً بموقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد وفي هذا الفرض الذي مثلنا له بفسخ المستأجر لعقد الإيجار نجد في المذهب الحنفي قولين قول يذهب إلى صحة هذا الإشتراط باعتباره من مقتضى العقد . وقول يذهب إلى فساد العقد المقترن بهذا الشرط لأنه شرط لا يقتضيه العقد . جاء في جامع الفصولين : « لو فسخ المؤجر بلا علم الآخر لم يجز لإبطال حقه ، ولو فسخ المستأجر بقبية المؤجر جاز ، إذ أبطل حق نفسه ... فلو شرط في العقد أن لا يفسخ أحدهما إلا بحضور الآخر قيل يفسد العقد ، إذ شرط مالا يقتضيه العقد ، وقيل لا ، إذ يقتضيه العقد ^(١) » .

على أن صاحب التعبير في التصرفات الأحادية التي يصح تعليقها بالشرط يستطيع

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ، ص ٣٩ ، س ٩ .

أن يخضع تعبيره للإعلام المنشئ في الحالات التي لا يتطلب فيها الشارع هذا الإعلام كما في حالة الطلاق . ويسوغ هذا الجواز أن لصاحب التعبير أن لا يصدر تعبيره أصلاً ، فإذا ما أعلن عن تعبيره ، فهو حر في إظهاره حسب مشيئته ، وأن لا يعتبره تاماً إلا بعد إعلامه إلى صاحب العلاقة . ونورد فيما يلي نصوصاً فقهيّة تشير إلى جواز فرض الإعلام المنشئ وتحويل التعبير من ثم من ملقى إلى متلقى .

جاء في البدائع : « ثم إن كتب على الوجه المرسوم ولم يملقه بشرط ، بأن كتب « أما بعد يا فلانة فأنت طالق » وقع الطلاق عقب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل ، لما ذكرنا أن كتابة قوله « أنت طالق » على طريق المحاطبة بمنزلة التلفظ بها ، وإن علقه بشرط الوصول ، فلا يقع قبله ، كما لو علقه بشرط آخر ^(١) » .

وكما أن لصاحب التعبير أن يفرض الإعلام المنشئ على التعبيرات الملقاة فله أيضاً أن يزيد وطأة الإعلام المنشئ في التعبيرات المتلقاة بأن يشترط مثلاً قراءة الموجه إليه التعبير لكتابه ، أو وصوله إليه ، لا مجرد علمه بمضمونه . جاء في الفتاوى الهندية : « فأما إذا حصل العزل معاقاً بشرط وصول الكتاب إليه ، لا ينعزل ما لم يصل إليه الكتاب ، علم العزل قبل وصول الكتاب إليه ، أولم يعلم ، كذا في التتارخانية ^(٢) » .

المطلب الخامس

هل الإعلام المنشئ هو القاعدة أم الاستثناء ؟

١٧٧ - ثمة معياران يتسنى بوساطتهما تقرير ضرورة الإعلام في تعبير ما . أحدهما طبيعي ، والآخر شرعي . أما المعيار الطبيعي فيرى أن ضرورة الإعلام يجب أن تقرها طبائع الأشياء . بينما يرى المعيار الشرعي أن ضرورة الإعلام يجب أن يكون الحاكم فيها لا طبائع الأشياء ، بل سلطان الشرع وإيجابه . وبالإستناد إلى هذا المعيار

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٩ ، س ١١ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٣١٧ . وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٥٩ ،

س ١٦) : « وإن كتب إليه « إن أذاك كتابي فأنت معزول » لم ينعزل قبل أن يصل إليه الكتاب قطعاً قاضياً كان أو وكلاً ، وكذا في الطلاق . وإن كتب « إذا قرأت كتابي فأنت معزول ، أو طالق » لم يحصل العزل والطلاق بمجرد البلوغ بل بالقراءة » .

الأخير يجب أن يعمل على ما جاء في الكتب المعتمدة في المذهب. فما نصت هذه الكتب على ضرورة الإعلام فيه من التعبيرات وجب أن يكون تعبيراً متلقى ، وما لم تنص على ضرورة الإعلام فيه من التعبيرات وجب أن يكون تعبيراً ملقى . ولئن كان التعويل على المعيار الشرعي يفسح المجال لتقرير ما إذا كان الإعلام المنشئ هو القاعدة أم الاستثناء فليس المعيار الطبيعي بمفض إلى تقرير أصالة الإعلام المنشئ أو استثنائيته . إن كل ما يهيم المعيار الطبيعي هو أن يقرر أن أوصافاً معينة ، إذا توافرت في تعبير ما ، يجب أن تستلزم حتماً توافر الإعلام المنشئ فيه . إن القاعدة في ظل هذا المعيار الطبيعي هي استلزام الإعلام المنشئ في كل حالة يتخلف فيها توافر هذه الصفات واستبعاد هذا الإعلام في كل حالة يتخلف فيها توافر هذه الصفات . فتطلب الإعلام المنشئ ، كما ترى ، هو كعدم تطلبه قد يكون قاعدة وقد يكون استثناء .

§ ١ - المعيار الطبيعي

١٧٨ - هل يوجد في المذهب الحنفي معيار طبيعي للتفرقة بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة ؟ وبعبارة أخرى هل هناك صفات معينة أجمع الفقهاء على أنها إذا توافرت في تعبير ما كان تعبيراً متلقى ، وإذا تخلفت في تعبير ما ، كان تعبيراً ملقى . إن معرفة هذا المعيار تتيح لنا آنذاك أن نحدد نوعية التعبيرات التي لانص على ضرورة الإعلام فيها . فإذا ما توافرت هذه الصفات في هذه التعبيرات موضوع البحث عملنا على إدارجها في زمرة التعبيرات المتلقاة دون أن نجهد أنفسنا بالرجوع إلى الكتب المعتمدة في المذهب كي نبحث عما إذا كان ثمة نص يشير إلى ضرورة الإعلام المنشئ في هذه التعبيرات أو انتفاء هذه الضرورة . إن نظرة واحدة نلقها على المسوغات التي دعم بها الفقهاء ضرورة الإعلام في التعبيرات المتلقاة تنتهي بنا إلى أن إيجاد مسوغ وحيد للإعلام ، وبالتالي معيار طبيعي وحيد هو أمر عزيز النال ذلك لأن هذا الاختلاف في التسوية يحتمه في الواقع تغاير كامن في طبائع التعبيرات . ولعله من المفيد أن نسعرض هنا محاولتين قام بهما فقيهان من فقهاء الأحناف إحداهما ، لأبي يوسف حاول أن يضع فيها معياراً طبيعياً للتعبيرات الملقاة . والثانية ، لأكمل الدين البارتقي حاول أن يضع فيها معياراً طبيعياً للتعبيرات المتلقاة . ثم نبحث عما إذا كان من الميسور استخلاص ضوابط

أخرى من مسوغات الفقهاء تستند إلى هدف التعبير أو طبيعة الحق الذي يمارسه صاحب التعبير .

(١) كل ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم

١٧٩ — ذهب أبو يوسف إلى أن كل ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم وبهذا الرأي قال الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) . وهذا الضابط الذي وضعه أبو يوسف للتعبيرات الملقاة هو الذي دعاه إلى اعتبار الفسخ بخيار الشرط تعبيراً ملقاً^(٣) مخالفاً في ذلك أبا حنيفة ومحمد اللذين اعتبراه تعبيراً ملقاً كما صرح ويلاحظ هنا أن المفهوم المخالف لهذه النظرية — أى نظرية العكس — يقتضى القول بأن كل ما يحتاج إلى الرضا يحتاج إلى العلم^(٤) .

١٨٠ — تقدير هذا المعيار : لسنا نستطيع أن نقبل هذا المعيار لعدة أسباب :

(١) لأن صاحبه نفسه لم يلتزم بنتائجه ، ذلك لأن ظاهر النصوص الفقهية يشير إلى أن أبا يوسف يعتبر عزل الوكيل تعبيراً ملقاً مع أنه في الوقت نفسه لا يحتاج إلى رضا الوكيل فكيف احتاج إلى علمه إذن ، والمعيار يقول : إن ما لا يحتاج إلى الرضا لا يحتاج إلى العلم ؟

(٢) إن الفقه الحنفي لم يسلم بصحة هذا المعيار ، بل اعتبره معياراً غير جامع للتعبيرات الملقاة^(٥) بدليل أن ثمة تعبيرات تحتاج إلى الإعلام رغم عدم احتياجها للرضا كالفسخ

(١) راجع ماسيأتى ، ف ١٩٥ .

(٢) راجع ماسيأتى ، ف ١٩٧ .

(٣) وجه صاحب العناية رأى أبي يوسف في نفيه للإعلام في الفسخ بخيار الشرط بقوله (ج ٥ ، ص ١٢٠) « وإن كان الفسخ بغير علمه يجوز ... ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا » . ووجه الزيلعى رأى أبي يوسف في نفيه للإعلام في الإجازة بقوله : « وكالإجازة فإن علم الآخر لا يشترط فيها فلهذا لا يشترط رضاه (تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٨) » .

(٤) وقد أخذ بنظرية العكس من ملاحظته علل ضرورة الإعلام في التعاقد ما بين حاضرين بالتراضى ، راجع ماسيأتى ف ١٢٣ ، ص ١١٤ .

(٥) المعيار في الأصل يجب أن يكون جامعاً مانعاً . ومعنى كونه جامعاً أن يشمل جميع أفراد الشيء الذى وضع المعيار لتمييزه ، فلا يخرج عنه ما يجب أن يتناوله . ومعنى كونه مانعاً أن تكون قيود المعيار وحدوده مميزة للأشياء التى وضع المعيار لتمييزها عن غيرها تمييزاً تاماً فيخرج عنه كل ما ليس من أفرادها . فإذا كان المعيار لا ينتظم بعض أفرادها كان غير جامع ، وإذا كان ينتظم غير أفرادها كان غير مانع . وإذا كان يخرج بعض أفرادها ويدخل غيرها كان غير جامع ولا مانع .

بختيار الشرط وهذا ما دعا الفقيه الحنفى أكمل الدين البارتى إلى التعريض بهذا المعيار بقوله : « وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم ، لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه فى البياعات لأنه لا إلزام فيها^(١) » .

(٣) إن فريقاً من الفقهاء الأحناف لم يسلم بنظرية العكس التى تستخلص من هذا المعيار ومؤداها كما رأينا «أن ما يحتاج إلى الرضا يحتاج إلى العلم» بدليل أن شريطة الإعلام المنشئ فى الإيجاب ، وهو كما هو واضح يحتاج إلى رضا القابل ، لم تكن موضع اتفاق الفقهاء فلقد رأينا سابقاً كيف عارض هذه الشريطة كل من النسفى والرغينانى وابن السكال باشا ورأينا أيضاً كيف نفى الرحمتى وجود أية صلة بين الرضا والإعلام المنشئ^(٢) .

نتهى مما تقدم إلى أن معيار أبى يوسف لا يصلح ضابطاً طبيعياً للتمييز بين التعميرات الملقاة والتعابير المتلقة ولننتقل الآن إلى استعراض محاولة أخرى قام بها الفقيه أكمل الدين البارتى للوصول إلى هذا الغرض .

(ب) إن مبنى الإلزام على العلم

١٨١ - سبق أن أشرنا إلى أن المعيار الطبيعى الذى وضعه أبو يوسف لم يرق لأكمل الدين البارتى وأن هذا الأخير قد رفضه مشيراً إلى انفكاك التلازم بين عدم اشتراط الرضا وعدم اشتراط العلم وتوافر هذا التلازم بين اشتراط الإعلام وإلزامية التعبير الواجب الإعلام للموجه إليه التعبير وذلك حيث يقول : « وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا » .

١٨٢ - تقرير هذا المعيار: يبدو أن هذا المعيار الجديد لم يكن فى دوره موضع قبول الفقهاء الأحناف .

ولقد كان الباعث لهم على رفضه وجود تعبيرات لم يمنع إلزامها للموجه إليه التعبير من استغنائها عن الإعلام المنشئ واعتبارها تعبيرات ملقاة « كالطلاق والعقاق

(١) العناية شرح الهداية على الفتح ، ج ٥ ، ص ١٢٠ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٢٥ و ف ١٢٦ .

والعفو عن القصاص يلزم فيها في حق غير الفاعل إلزام . . . والزوج ينفرد بالرجمة وحكمها يلزم المرأة . . . واختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه إلزام حكم الاختيار . . . واختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدین . . . والطلاق يلزم العدة على المرأة » .
وقد رد البارقي على هذه الاعتراضات رداً لا يخلو من التكلف مع اعترافه صراحة بوجود الإلزام في الرجمة والتخيير والطلاق . من ذلك قوله : إن الرجعة ملزمة للمرأة بيد أن هذا الإلزام « ليس فيه ضرر لأن النكاح من عوالم النعم فاستدائه بالرجعة لا تكون ضرراً » ومنها قوله « إن التخيير ملزم للرجل بيد أن هذا الإلزام لا ضرر فيه فإن الإيجاب قد حصل منه ولو رأى ضرراً ما أقدم عليه ، أو لأنه غير زائد على موجب التخيير » ومنها قوله « إن الطلاق ملزم بيد أنه لا ضرر في العدة أو لكونه بإيجاب الشرع نصاً » .

ونحن نرى أن كون الإلزام مصدحه الشرع في العدة لا ينبئ عن الطلاق كونه شرطاً لحصول هذا الإلزام فقتضى منطق المعيار الذي وضعه البارقي أن تعلم المرأة بالطلاق الملزم لها كي تترتب آثاره في حقها وسنرى أن ابن حزم قد ذهب إلى اشتراط هذا الإعلام ^(١) .

أما ذهاب البارقي إلى أن الرجعة لا ضرر فيها فهو محل نظر ، ذلك لأن المرأة إذا ما انتهت العدة، دون أن تعلم بالرجعة ، قد تتزوج زوجاً آخر ، فإذا ما ظهر بعد ذلك أن زوجها السابق قد ارتجعها ، تحتم نقض هذا الزواج الجديد . وغير خاف ما يترتب على هذا النقض من ضرر بين الزوجة وبالزوج اللاحق . وسنرى أن هذا الضرر قد دعا ابن حزم إلى اعتبار الرجعة تعبيراً متلقى ^(٢) .

نستخلص مما تقدم أن الضابط الذي وضعه البارقي للتعبيرات المتلقاة هو غير جامع بدليل وجود تعبيرات ملزمة أجمع الفقهاء على أنها ليست متلقاة . وبعبارة هذا الضابط أيضاً كونه غير مانع ، بدليل وجود تعبيرات متلقاة ليست ملزمة كما في تعبير الإيجاب لغائب وتفويض المرأة بتطبيق نفسها اللذين أجمع الفقهاء على اعتبارهما تعبيرين متلقين رغم عدم إلزامهما للموجه إليه التعبير .

(١) راجع ماسياتي ف ٢٠١ وف ٢٠٢ .

(٢) راجع ماسياتي ف ٢٠٣ .

وتتساءل الآن ماهو المعيار الذى يستند إليه الإعلام المنشئ إذن فى هذين التعبيرين مادام معيار الإلزام لم يصلح أساساً لضرورة الإعلام فيهما ؟ إن هذا المعيار قد يتسنى إيجاداه فى الصفة الإستثنائية لهذين التعبيرين فلننتقل إذن إلى بحث علاقة الصفة الإستثنائية فى التعبيرات بضرورة إعلامها إلى الموجه إليه التعبير .

(ح) إعلام التعبير وصفته الإستثنائية

١٨٣ — انتهينا مما سبق إلى أن معيارى ارضا والإلزام هما قاصران عن تحليل الإعلام المنشئ فى كل التعبيرات المتلفة فهل لنا أن نجد معياراً آخر يتصف بالشمول والعموم المطلوبين . إذا استقرأنا التعبيرات المتلفة فى الفقه الحنفى نجد أن صفة استثنائات الموجه إليه التعبير هى صفة ملازمة لأكثرها وهذا الاستثنائات قد يتجلى فى دعوة المخاطب بالتعبير إلى القيام بعمل على سبيل الإلزام كما فى فسخ الشركة والفسخ بخيار العيب . وقد يتجلى فى دعوة المخاطب بالتعبير إلى انقيام بعمل على سبيل التخيير كما فى تعيين الوكيل ، وتفويض المرأة بتطبيق نفسها . وأخيراً قد يتجلى هذا الإستثنائات فى دعوة المخاطب بالتعبير إلى الإمتناع عن عمل كما فى عزل الوكيل ونهى المضارب وحجر المأذون . ويؤكد علاقة الصفة الإستثنائية بتطلب الإعلام فى التعبيرات المتلفة ما ورد فى تسوينات الفقهاء لضرورة الإعلام المنشئ فى هذه التعبيرات فقد علل الكاسانى الإعلام المنشئ فى تعيين الوكيل بقوله « لأن حكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به ^(١) » وعلة الحموى أيضاً بقوله : « لأنها أمر فتعتبر بأوامر الشرع وأنه لا يلزم بلا علم ^(٢) » وعلل الكاسانى ضرورة الإعلام فى تفويض المرأة بتطبيق نفسها بقوله « لأن معنى صيرورة الأمر بيدها فى الطلاق هو ثبوت الخيار لها ... وهذا لا يتحقق إلا بعد العلم بالتخيير ^(٣) » .

ويبين من هذا التحليل الأخير بشكل واضح أن الصفة الإستثنائية فى التفويض

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ .

(٢) الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ١٨ .

(٣) البدائع ج ٣ ، ص ١١٣ ، ص ٢٥ .

هى التى استلزمت ضرورة الإعلام فيه^(١) فكأن الكسانى يريد أن يقول إن اعتبار التخيير تعبيراً ملقى واعتباره تماماً قبل علم المرأة يجعل التخيير لا معنى له . ذلك لأن التخيير لا يحقق غايته ، وهى دعوة المرأة إلى اختيار نفسها أو زوجها — قبل وصوله إلى المخاطبة به^(٢) .

١٨٤ — تفسير لهذا التعبير : أفنستطيع أن نقول بعدما تقدم أن كل تعبير يحمل طابع استحثاث الوجه إليه التعبير ويستدعى رد فعل منه يجب أن يكون تعبيراً متلقى . وإن كل تعبير لا يحمل هذا الطابع ولا يستدعى رد الفعل يجب أن يكون تعبيراً ملقى فتكون صفة استحثاث الوجه إليه التعبير واستثارته هى المعيار الطبيعى للفرقة بين ما يجب أن يتوافر فيه الإعلام المنشئ وما لا يجب أن يتوافر فيه ؟ يبدو أن الجواب لن يكون إيجابياً بدليل أن ثمة تعبيرات تستدعى رد فعل من الوجه إليه التعبير ومع ذلك فالرأى السائد فى الفقه الإسلامى على أنها تعبيرات ملقاة لا متلقاة وذلك كالطلاق مثلاً إن هذا التعبير يحمل فى الواقع معنى استحثاث المخاطبة به على البدء بالعدة ومع ذلك فالفقه الإسلامى يعتبره ملقى لا متلقى الأمر الذى يدعو إلى انحرام المعيار ورفضه من ثم على اعتبار أنه معيار غير جامع^(٣)

(د) إن تصرف الإنسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير

١٨٥ — انتهينا من دراسة المعيار السابق الى أن استخلاص معيار كلى للتمييز بين التعبيرات على أساس الغرض الذى تنشده هو أمر متعذر ونسأل الآن هل لنا

(١) ولعل هذا التعليل الذى أعطاه الكسانى لضرورة الإعلام فى التفويض يصلح أساساً لتعليل ضرورة الإعلام فى الإيجاب لغائب فى الفقه الإسلامى ذلك لأننا نستطيع أن نقول فى الإيجاب وعلى غرار ما ذكره الكسانى فى التفويض : إن معنى الإيجاب لشخص هو ثبوت الخيار له بين القبول أو الرفض وهذا لا يتحقق إلا بعد العلم بالإيجاب .

(٢) وفى نطاق القانون العام نجد الفقهاء يذكرون بوضوح أن ضرورة الإعلام فى التنفيل تستند إلى فكرة استحثاث المقاتلين وتحريضهم جاء فى ابن عابدين (ج ٣ ، ص ٣٣١) : « لأن المقصود (بالتنفيل) التحريض ولا يحصل إذا لم يسمعه أحد منهم » .

(٣) قال بهذا المعيار الفقيه الإيطالى Barassi راجع ص ٢٠١ — ص ٢٥٠ من كتابه :

Notificazione necessaria nelle dichiarazioni strajudicali Società editrice libraria, Milano, 1906.

أن نجد معياراً لهذا التمييز على أساس طبيعة الحق الذي يمارسه صاحب التعبير ؟ إن استقراء المسوغات التي أدلى بها الفقهاء لدعم انتفاء ضرورة الإعلام في التعبيرات الملقاة قد يوحى بإمكانية وجود هذا المعيار . فقد جاء في العناية : « ولو لم يعلمها صحت الرجة ، لأنها استدامة للقائم ، وليست بإنشاء ، فكان الزوج في خالص حقه ، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير^(١) . »

وجاء في البدائع : « وكذا إعلامها بالرجعة ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت ، لأن الرجة حقه على الخلوص لكونه تصرفاً في ملكه بالإستيفاء والإستدامة ، فلا يشترط فيه إعلام الغير كالإجازة في الخيار^(٢) . »

وجاء في فتح القدير : « ومنها الطلاق والعتاق والعتق عن القصاص . . . فإنها إسقاطات لا يلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه^(٣) . » وجاء في المحيط للسرخسي : « ولو سلم الشفعة بعد البيع ، قبل العلم بالشراء ، بطلت شفيعته ، وإن لم يكن المشتري حاضراً ، لأنه إسقاط حق بدليل أنه يصح من غير قبول . ولا يرتد بالرد . فلا يشترط لصحته العلم كالإبراء عن الديون ، وكالعتاق^(٤) . »

ولعل الباعث الذي حدا بالأحناف إلى تقرير انتفاء ضرورة الإعلام في هذه التعبيرات الملقاة أن المخاطبين بآثارها الشرعية ليس لهم حق يعول عليه في تقييد سلطان صاحب التعبير . ذلك لأن هؤلاء المخاطبين يتلقون بصورة سلبية نتائج إرادة صاحب الحق المطلق . ففي الرجة مثلاً تتحمل الزوجة بصورة سلبية نتائج الرجة التي يمارسها الزوج وفق سلطانه المطلق وإننا لنجد هذا التقبل السلبي لنتائج التعبير في كل التعبيرات الملقاة الأخرى التي يمارس فيها أصحابها خالص حقوقهم كالطلاق والإبراء والعتاق والتنازل عن الشفعة والعتق عن القصاص .

(١) العناية على الفتح ، ج ٣ ، ص ١٦٣ .

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٣٨ ، س ٦ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

(٤) المحيط للسرخسي ، ج ٧ ، ص ٢٤٦ ، س ٢١ (مخطوط في مكتبة الأزهر) .
(١٢) — التعبير عن الإرادة)

١٨٦ — تقرير هذا المعبّر : لسنا نستطيع أن نجعل من هذا المسوغ الذي

أعطاه الفقهاء لتعميل انتفاء ضرورة الإعلام في بعض التعبيرات الملقاة معياراً كلياً يصلح للتمييز بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة ، ذلك لأن ثمة تعبيرات اعتبرها الرأي السائد في الفقه الحنفي تعبيرات متلقاة ، رغم عدم افتقارها لمعونة الموجه إليه التعبير لقيامها كالفسخ بخيار الشرط . أضف إلى ذلك أن الخط الذي يفصل بين التعبيرات التي يمارس فيها صاحبها حقه على الخلوص ، وما لا يمارس فيها صاحبها خالص حقه ، هو خط غير بين . يؤيد ذلك الخلاف القائم بين الأحناف والشافعية حول ضرورة الإعلام في عزل الوكيل . فبينما يعتبر الشافعية عزل الموكل لو كيله ممارسة لخالص حقه ، ويعتبرون العزل تبعاً لذلك معتبراً ملقياً . يذهب الأحناف إلى أن هذا التعبير هو تعبير متلقى لما يتضمنه من معنى الإلزام للوكيل .

جاء في فتح القدير في هذا المعنى :

« قال القدوري في مختصره : فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه ، فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم الوكيل عزله . هذا عندنا ، وبه قال الشافعي في قول ، ومالك في رواية ، وأحمد في رواية .

وقال الشافعي في الأصح بنعزل ، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية ، لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل له ، فهو بالعزل يسقط حق نفسه ، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه ألا يرى أنه يطلق زوجته ، ويمتق عبده بغير علم منهما ، ولأن الوكالة للموكل لا عليه ، فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به ، كان ذلك عليه من وجه ، وذلك لا يجوز .

ولكننا نقول : العزل خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع من التصرف ، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به ، نكطاب الشارع ، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة ، وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا ، وكذلك كثير من الصحابة رضی الله عنهم شربوا الخمر بعد زول تحريمها قبل علمهم بذلك ، وفيه نزل قوله تعالى : « ليس على الذين

آمنوا وعملوا الصالحات جنّاج فيما طعموا » وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل ، ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ^(١) . »

§ ٢ - المعيار الشرعى

١٨٧ - إن فشل المحاولات التى قامت لإيجاد ضابط كلى للتمييز بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة على أساس معيار طبيعى يستخلص من مسوغات الفقهاء للإعلام المنشئ يهيب بنا إلى البحث عن معيار شرعى ، نستمد منه من الكتب المعتبرة فى المذهب . فتكون هذه الكتب المعتبرة عندها وفق هذا المعيار هى المرجع فى تقرير ماذا كان الإعلام المنشئ فى حالة ما ضرورياً أم لا ؟ ويكون مقتضى الضابط آنذاك أن ما نصت الكتب المعتبرة على ضرورة الإعلام فيه من التعبيرات ، يتعين أن يكون تعبيراً متلقى ، وما لم تنص على ضرورة الإعلام فيه ، يتعين أن يكون تعبيراً ملقى .

ولقد كان أول من دعا إلى الأخذ بهذا المعيار الشرعى هو الفقيه الحنفى السيد أحمد الحوى الذى أعلن رفضه للتعليل الذى جاء به الفقيه مثلاً خسرو لدعم ضرورة الإعلام فى تعبيرى الإيجاب والقبول فى التعاقد بين حاضرين ، ودعا إلى الاعتماد على الدليل النقلى الذى يحتم اشتراط هذا الإعلام . وإليك فيما بلى إعتراض السيد الحوى على تعليل الدرر .

جاء فى فتح الله المعين : « (ويشترط سماع كل من العاقلين لفظ الآخر ، إذ لولاه لم يتحقق الرضا من الطرفين ، فلا ينمقد النكاح ، درر) .

وفيه بحث : وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن نكاح المكره غير صحيح ، وهو فى طرف المنع ، إذ النكاح من الأشياء التى لا يؤثر فيها الإكراه كالطلاق والعتاق والمين . قال فى التنوير وصح نكاحه ، يعنى المكره ، وطلاقه وعتقه ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى إن لم يوطأ .

(١) فتح القدير ، ج ٦ ، ص ١٢٥ .

فالصواب أن يسقط لفظ الرضا من البين ، ويقال في التعليل : إذ لولا السماع لم
ينعقد النكاح .

ووجهه أن السماع شرط في الإيجاب والقبول كما صرح به في المعتبرات ، وإذا
فقد الشرط فقد المشروط . ومعلوم أن النكاح لا ينعقد بدونهما لأنهما ركان
له حموى (١) « (٢) .

ويتضح من النص السابق أن السيد الحموى يدعو إلى إسقاط التعليل بالرضا
والإعتماد في اشتراط الإعلام المنشئ في التعبير التعاقدى بين حاضرين على المعيار
الشرعى وهو اشتراط الكتب المعتبرة لهذا الإعلام . ففتاح الحل إذن هو في نظر
السيد الحموى هو الكتب المعتبرة في المذهب ، على أن هذه الكتب إذا كانت حَكَمًا في
ضرورة الإعلام في التعبيرات ، فهي ليست تحمل في أحكامها طابع التحكم . ولئن
فشل التعليل الذى أتى به منلا خسرو لدعم هذه الضرورة ففي التعليقات الأخرى
التي أتى بها الفقهاء ما يدعمها (٣) ويكفى لإبعاد تهمة التحكم عن المشرع في
فرض الإعلام الضرورى أن نستعرض تلك التعبيرات التي تطلب المشرع فيها
الإعلام . إننا لو اجدون حتما وراء كل تعبير منها أساساً معقولا يدعمه ينتمى لإحدى
المعايير الطبيعية التي سبق أن استعرضناها والتي تفرضها طبيعة الأشياء .

على أن هذه المعتبرات التي يشير إليها السيد الحموى قد لا تصرح بضرورة
الإعلام في تعبير ما ، فإذا يكون الحل عند سكوتها ؟ إن الجواب عن هذا السؤال
مرتبط في الواقع بالجواب عن السؤال الذى كنا طرحناه آنفاً هل الإعلام الضرورى
هو الأصل أم الاستثناء ؟ فإذا كان الجواب عن هذا السؤال الأخير يعمل ضرورة

(١) فتح الله المعين ، ج ٢ ، ص ٦ ، س ٣٦ .

(٢) سبق أن أشرنا إلى أن الشيخ عبد القادر الرافعى صاحب التحرير المختار لرد المختار قد
نبذ في دوره التعليل الذى جاء به منلا خسرو ضرورة الإعلام في تعبير القبول ، ونبه إلى أن هذا
التعليل فاسر وأعرب عن استغرابه لاشتراط الإعلام في الوقت الذى لا يستند فيه إلى علة مقبولة .
ونضيف هنا أن قصور هذه العلة لم يحل دون قبول الرافعى لاشتراط السماع . ولعله يدعى في ذلك
ضمناً للمعيار الشرعى الذى أشار إليه السيد الحموى ، راجع ما سبق ، ف ١٢٦ ، ص ١١٦ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ١٢٣ ص ١١٣ .

الإعلام أصلاً حكماً على التعبيرات المسكوت عن حكمها في الاعتبار أنها متلقاة ، وإذا كان يحمل انتفاء هذه الضرورة أصلاً ، حكمنا على التعبيرات المسكوت عن حكمها أنها ملقاة .

١٨٨ — إن بعض المسوغات التي أعطاها الفقهاء لضرورة الإعلام قد توحى بأن الإعلام المنشئ هو الأصل . فقد جاء في هذه المسوغات ما يشير إلى الإعتماد على مفهوم الكلام لتعميل ضرورة الإعلام . ومؤدى هذا الرأي أن التعبيرات يجب أن تكون متلقاة لأنها كلام ، والكلام لا يعتبر كلاماً إلا إذا سمع من مخاطب به . وقد ردد هذه المسوغات ثلاثة من الفقهاء الأحناف بطرق متعددة :

قال القهستانی في جامع الرموز : « وشرط سماع كل من العاقلين كلام الآخر ، لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع لا بمحض التعمق ^(١) » . وقال ابن عابدين في رد المحتار : « وقيل في نحو البيع يشترط سماع المشتري ... وهذا أوجه ... لأن الكلام من الكلام ، وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر في نفس السامع ، فتكليمه فلائناً لا يحصل إلا بسماعه ^(٢) » . وقال ابن ملك في شرح الوقاية : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر ، لأن المقدم ينمقد بكلامهما ، فلا بد من سماعهما ^(٣) » .

وواضح أن هذه المسوغات تستند إلى مفهوم الكلام لتسويغ الإعلام المنشئ في التعبير ومؤدى هذه المسوغات أن الإرادة لا تظهر إلا عن طريق الكلام ، والكلام هو ما كان في وسع الوجه إليه التعبير أن يتلقاه بسمعه وإدراكه ، فيجب إذن أن يكون التعبير الذي يتم عن طريق هذا الكلام تعبيراً مقترناً بالإعلام المنشئ .

ويؤيد ما سبق تعريف الكلام لدى كل من القهستانی والهروى جاء في تعريف القهستانی : « النطق في المتعارف أصوات مقطعة يظهرها اللسان ، وتميها الآذان ، ولا يكاد يقال إلا للإنسان ^(٤) » .

وجاء في تعريف الهروى : « الحرف صوت يعتمد على مخرج محقق أو مقدر ،

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) جامع الرموز ، ج ١ ، ص ١٦٥ — ص ١٦٦ .

فلا يتحقق بدون السمع ، وغيره يكون خاطراً وخيلاً^(١) .

١٨٩ — تقرير هذا التعليل : إن هذا التعليل لا يحمل من التعليل إلا اسمه وهو أقرب إلى التقرير منه إلى التسويغ وإلا فما معنى قول ابن ملك « إن العقد ينقد بكلامهما فلا بد من سماعهما » وفيما عدا ذلك فإننا إذا نظرنا إلى هذه المشكلة من وجهة نظر العاقد نجد أن التعبير هو من عمله ، لا من عمل السامع ، فهو لا ينتظم في جوهره لا وصولاً إلى المخاطب ، ولا علماً به من قبله .

ويقول الرحمتي في هذا المعنى :

« إن الإيجاب من البائع مثلاً ما أوجب به للمشتري القبول ، والموجب هو البائع ، فالشرط هو وجود الفعل منه ، وهو نطقه ، وذلك في تصحيح الحروف سواء سمع الثاني أولاً^(٢) . »^(٣) ولعل الشيخ الرحمتي يريد أن يميز في تعليله هذا بين ما هو مشروط شرعاً ، وما هو مألوف عرفاً . فلئن كان العرف يقضى بأن يصل المرء بتعبيره إلى علم الغير ، فليس معنى هذا أن الإعلام أمر لا مفر منه في عرف الشارع ، وأنه من صميم التعبير التصرفي وجوهره .

وينصر ذلك أن الرأي السائد لدى الفقهاء يذهب إلى أن حد الكلام ينتظم اشتراط سماع صاحبه له لا المخاطب به^(٤) .

(١) فتح باب العناية شرح النقاية على الوقاية لملا على الهروى ، ج ١ ، ص ٥٠ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٢٦ ، ص ١١٦ .

(٣) قارن وصف صاحب المحيط للقراءة إذ يقول : « إن القراءة فعل اللسان ، وذلك بتصحيح الحروف وإقامتها ، لا بالسمع فإن السماع هو فعل السامع (المحيط البرهاني ، ج ١ ، ص ٦٣٢ ، ص ٢٠) . ويرد نفس الاعتراض على الذين يسوغون ضرورة الأعلام بضرورة الأظهار ويجعلون الأولى بمثابة البديهيات جاء في التعبير عن الإرادة للدكتور وليم قلادة (ف ٦٠ ، ص ١٩١) : « ومن البديهي أن ما يكون العقد ليس هو النية المضرة ، بل إيصال هذه النية إلى من صدر منه الإيجاب » .

(٤) فقد جاء في البدائم (ج ١ ، ص ١٦١) : « إن مطلق الأمر بالقراءة ينصرف إلى المتعارف ، وقدر ما لا يسمعه هو لو كان سميعاً لم يعرف قراءه ... إن الكلام في العرف لاسم لحروف منظومة دالة على مافى ضمير المتكلم ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع . »

وجاء في موضع آخر (ج ٣ ، ص ١٥٤ ، ص ٣٢) : « أن الحروف لا تتحقق بدون الصوت . =

نتهى مما تقدم إلى أن ثمة رأيين يعولان على مفهوم الكلام كأساس لتقرير ضرورة الإعلام أو انتفاء هذه الضرورة . الأول يقول به ابن عابدين ولغيف من الفقهاء ويذهب إلى أن الإعلام ضرورى لأن الكلام من عمل السامع . والثانى يقول به الشيخ الرحمتى^(١) ويذهب فيه إلى أن الكلام هو من فعل العاقد وأنه لا ضرورة للإعلام . ولئن كنا ارتضينا نقد الرحمتى للرأى الأول ، فليس معنى هذا أننا نتحاز إلى هذا الرأى المقابل ذلك لأننا نرفض من حيث المبدأ اتخاذ الكلام نكأة لتقرير ضرورة الإعلام أو انتفاء هذه الضرورة . ونحن فى رفضنا هذا نتحاشى نتيجة حتمية لاشك واصل إليها كل من اتبع ذاك المنهج . وهذه النتيجة قد تكون اعتبار كل التعبيرات ملقاة ، وهى نتيجة لاشك واصل إليها كل من اعتبر التعبير من فعل العاقد . وقد تكون اعتبار كل التعبيرات ملقاة ، وهى نتيجة لاشك واصل إليها كل من اعتبر التعبير من فعل السامع أما وأن التعبيرات التى يقرها الشرع ليست كلها ملقاة ، وليست كلها متلقاة ، فقد ترتب على ذلك أن يكون هجر مفهوم الكلام ، كأساس لتفعيد قاعدة فى هذا الصدد ، أمراً لا مفر منه .

١٩٠ — نخلص مما تقدم إلى أن ليس ثمة من أساس صالح لاعتبار ضرورة الإعلام أصلاً فى الفقه الإسلامى . بل ثمة من القرائن ما يسهف على اعتبار انتفاء ضرورة الإعلام هى الأصل وإننا لنجد هذه القرائن فى صلة الإعلام المنشئ بالشكلية من

الحروف المنظومة لا تتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص . فإذا لم يوجد الصوت ، لم تعرف الحروف ، فلم يوجد الكلام .

وجاء فى المحيط البرهاني (ج ١ ، ص ٣٦٢) : « وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى والشيخ الإمام الجليل أبى محمد بن الفضل رحمهما الله أنه لا يميزه ما لم يسمع نفسه ، وبه أخبر عامة المشايخ ؛ لأن حد الكلام ماهو مسموع مفهوم . ألا ترى أن الحان الطير لا يسمى كلاماً ، مع أنه مسموع ، لأنه ليس بمفهوم ، ألا ترى أن الكتاب لا يسمى كلاماً ، مع أنه مفهوم ، لأنه ليس بمسموع » . وجاء فى معراج الدراية للسكاكى (ج ١ ، ورقة ٦٩) : « احتج من قال : لا يجوز ما لم يسمع نفسه بأن القراءة كلام ، وهو عادة عما يظهره المرء فى ضميره ، ولهذا قيل للسان ترجمان القلب ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع ، وحروف مفهومة . لأن الكلام لا يوجد مع إقامة الحروف ، كالكتابة فإنها لا تسمى كلاماً ، وإن وجد إقامة حروف مفهومة مظهرة لما فى الضمير » . (١) يلاحظ أن الشيخ عبد القادر الرافعى قد ارتضى فى كتابه التحرير المختار لرد المحتار (ج ١ ، ص ٦٥ ، ص ٢٥) رأى الشيخ الرحمتى وهذا الارتضاء يتعارض فى رأينا مع ذكره الشيخ الرافعى فى مكان آخر من كتابه (التحرير المختار ، ج ١ ، ص ١٨٠ ، ص ٣١) حيث ذهب إلى اعتبار الإيجاب تعبيراً متلق .

جهة^(١) وعزوف الفقه الإسلامى عن تقبل قيود الشككية من جهة أخرى . وبترتب على ذلك أن تعبيراً ما إذا ثار الشك حول شريطة إعلامه إلى الموجه إليه يجب أن يعتبر تعبيراً ملقاً لأن القاعدة فى الفقه الإسلامى هى عدم ضرورة الإعلام

§ ٣ — العدالة والإعلام المنشئ.

إن التصرف المشتمل على ضرر فى حق الغير يتوقف على علمه

١٩١ — إذا رجعنا إلى التعليقات التى أوردها الفقهاء لتسويغ ضرورة الإعلام فى التعبيرات المتلقة نجد أن مفهوم العدالة يحتمل مكاناً بارزاً بين هذه التعليقات . فالفقهاء غالباً ما يعملون ضرورة الإعلام فى تعبير ما بما ينشأ من أضرار تلحق المخاطب بالآثار الشرعية فى حال جهله للتعبير الذى تمسه آثاره . فهل نستطيع والحالة هذه أن نستند فى دورنا إلى قاعدة « الضرر مدفوع » لتقرير ضرورة الإعلام فى الحالات التى لم يرد نص عنها فى السكتب المعبرة ؟ الظاهر أنه ليس ثمة ما يمنع من الإعتماد على هذا المبدأ لتطلب الإعلام المنشئ فى الحالات المسكوت عنها .

ونورد فيما يلى أولاً : النصوص الفقهية التى يربط فيها الفقهاء بين ضرورة الإعلام ومفهوم الضرر فى بعض التعبيرات المتلقة . ثانياً : النصوص الفقهية التى يربط فيها الفقهاء بين انتفاء الإعلام ومفهوم الضرر فى بعض التعبيرات المتلقة .

(١) التعبيرات المتلقة :

جاء فى فتح القدير : « فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه ، فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم الوكيل عزله . . . ثم إن الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله ، لأن فى عزل الوكيل من غير علمه إضراراً بالوكيل من وجهين : أحدهما من حيث إبطال ولايته ، فإن فى إبطال ولايته تكديباً له ؛ لأن الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة ، وفى عزله من غير علمه تكديب له فيما ادعاه ، لبطلان ولايته بالعزل ، وتكديب الإنسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة .

والثانى : ما أشار إليه بقوله : أو من حيث رجوع الحقوق إلى الوكيل فإنه يتصرف فيها بناء على رجوعها إليه ، فينقذ من مال الموكل ، إن كان وكيلاً بالشراء ،

(١) راجع ماسبق ، ف ١٧٣ ، ص ١٦٧ .

ويسلم المبيع ، إن كان وكيلاً بالبيع ، فلو كان معزولاً قبل العلم ، كان التصرف واقعاً له ، فيضمن ما نقده وسلمه ، فيتضرر به . والضرر مدفوع شرعاً^(١) .

وجاء في البدائع : « وإن كان الشريك غائباً ولم يبلغه الفسخ ، لم يجز الفسخ ولم يفسخ العقد ، لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه^(٢) » .
جاء في العناية شرح الهداية : « إن الفسخ تصرف في حق الغير ، وهو العقد ، بالرفع وهو لا يمرى عن المصرة .

أما إذا كان الخيار للبائع ، فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق ، فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع . وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ، ولا خفاء في كونه ضرراً .

وأما إذا كان الخيار للمشتري ، فالبايع عساه يعتمد تمامه ، فلا يطلب لساعته مشترياً وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع ، وفي ذلك ضرر لا يخفى ، والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة ، كما في عزل الوكيل^(٣) .

(ح) التعميرات الملقاة :

وجاء في تبين الحقائق « وكالإجازة فإن علم الآخر لا يشترط فيها ، فلهذا لا يشترط رضاه ، لأنه لا ضرر فيها على صاحبه ، إذ هو موافق له فيها^(٤) » .

جاء في الدر المختار « وللوكيل بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وبيع ماله ، وبشراء شيء بغير عينه ، عزل نفسه بشرط علم موكله . أما الوكيل بالنكاح فإنه يصح عزل نفسه في هذه الأشياء ، وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره^(٥) » .^(٦)

(١) فتح القدير ، ج ٦ ، ص ١٢٥ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٧٧ ، ص ١٩ .

(٣) العناية على الفتح ، ج ٥ ، ص ١٢٠ .

(٤) تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٨ .

(٥) الدر المختار ، ج ٤ ، ص ٤٣٣ .

(٦) جاء في العقود الصغيرة للدكتور محمد علي عرفة (ص ٤٢١) : « لا تقتضي الشرع ضرورة إعلان الموكل بتنحي الوكيل حتى يستعد لمباشرة شؤنه بنفسه ، أو باختيار وكيل آخر يفوض إليه رعاية مصالحه » .

وجاء في جامع الفصولين : « لو فسخ المؤجر بلا علم الآخر لم يجوز لإبطال حقه ، ولو فسخ المستأجر بغيبة المؤجر جاز إذ أبطل حق نفسه^(١) » .

الفرع الثاني

الإعلام المنشئ لدى غير الأحناف

المطلب الأول

الإعلام المنشئ في المذهب الشافعي

١٩٢ — تضيق دائرة التعبيرات المتلقاة في المذهب الشافعي بشكل واضح . ولقد سبق أن رأينا مظهرين لهذا الضيق . أولهما في تردد هذا المذهب في اشتراط الإعلام المنشئ في عزل الوكيل^(٢) وثانيهما في إجماعه على انتفاء الإعلام في الإيجاب والقبول^(٣) ونستعرض فيما يلي بعض التطبيقات عن التعبيرات المتلقاة ، والتعبيرات المتلقاة ، والتعبيرات المختلف فيها في هذا المذهب .

١٩٣ — **التعبيرات المتلقاة** : تكاد تنحصر التعبيرات المتلقاة في المذهب الشافعي في نطاق القانون الخاص^(٤) في تعبيرين هما فسخ الوديعة وفسخ العارية وسندس من النص الذي نقله فيما يلي أن الباعث الذي حدا بهذا المذهب إلى اشتراط الإعلام المنشئ في هذين التعبيرين هو دفع الضرر عن المستعير والمودع .

جاء في نهاية المحتاج : « ولا ينزل وديع ومستعير إلا بباوغ الخبر ، وفارق الوكيل بأن القصد منعه من التصرف الضار بموكله بإخراج أعيانه عن ملكه ، فأثر فيه العزل ، وإن لم يعلم به ، بخلافهما » . وعلل الشبرا ملسى اشتراط الإعلام في عزل المستعير

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ، ص ٣٩ ، س ٩ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ١٨٦ ، ص ١٧٨ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ١٢٧ ، ص ١١٧ .

(٤) وفي نطاق القانون العام يعتبر المذهب الشافعي عزل القاضى تعبيراً متلقى جاء في نهاية المحتاج

(ج ٤ ، ص ٣٩ ، س ٥) : « وفرق بين الوكيل والقاضى بتعلق المصالح الكلية بعمل القاضى - فلو انزل قبل الخبر ، عظم ضرر الناس بنقض الأحكام ، وسائر الأنكحة بخلاف الوكيل » .

والوديع بقوله : « وفائدة عدم عزله في الوديع وجوب حفظه ورعايته قبل بلوغ الخبر حتى لو قصر في ذلك ، كأن لم يدفع متلفات الوديعة عنها ، ضمن ، وفي المستعير أنه لا أجرة عليه في استعمال العارية قبل بلوغ الخبر ، وأنها لو تلفت بالإستعمال المأذون فيه قبل ذلك لم يضمن^(١) » ويلاحظ أن اشتراط الإعلام في الوديعة هو في صالح المودع ، لأنه يجعل التزام الوديع بالحفظ متراخياً إلى حين علمه بالفسخ ، أما اشتراط الإعلام في العارية فهو في جانب المستعير ، لأنه يمد في حياة حقه في الإنتفاع بالعارية إلى حين علمه بالفسخ .

١٩٤ — التعميرات الملقاة : إن التعميرات الملقاة في المذهب الشافعي هي أوفر ما تكون ولعل مرد ذلك هو إتساع الضابط الذي وضعه هذا المذهب لانقضاء شريطة الإعلام فقد جاء في هذا الضابط : « ان كل ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعالم » . ولقد سبق أن رأينا أن التعميرين التماقيدين هما تعميران ملقيان . ونورد فيما يلي بعض النصوص التي تشير إلى بعض التعميرات الملقاة .

جاء في نهاية المحتاج : « ولو قال الوكيل الذي ليس قنّاً عزلت نفسي . . . انزل حالا وإن غاب الموكل لما أن ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعالم^(٢) » . وجاء في المجموع للنووي : « ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ في محضر من صاحبه وفي غيبته ، لأنه رفع عقد جمل إلى اختياره ، فجاز في حضوره وغيبته كالطلاق . . . هذا مذهبننا لاخلاف فيه عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وزفر وأبو يوسف^(٣) » . ولعل اتساع دائرة التعميرات الملقاة يبدو بوضوح إذا عرفنا أن الإتجاه الراجح في التعميرات المختلف فيها هو الإتجاه النافي للإعلام المنشئ في هذه التعميرات .

١٩٥ — التعميرات الخلفية : يأتي عزل الوكيل في مقدمة التعميرات المختلف فيها في المذهب الشافعي فقد جاء في نهاية المحتاج : « فإن عزله وهو غائب انزل في الحال ، لأنه لم يحتج للرضا ، فلم يحتج للعالم كالطلاق . . . وفي قول ينزل حتى يبلغه

(١) نهاية المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٠ ، ص ١٠ .

(٣) المجموع للنووي ، ج ٩ ، ص ٢٠٠ ، ص ٧ .

الخبير^(١) « ويبدو أن الرأي الأصح في المذهب هو الرأي القائل إن عزل الوكيل تعبير ملق . فقد جاء في الأشباه والنظائر : « ومنها عزل الوكيل قبل علمه ، فيه وجهان ، والأصح انعزاله وعدم نفوذ تصرفه^(٢) » وسنلمس من النص التالي انعكاس آثار هذا الخلاف على جميع التعميمات المختلف فيها .

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي : « ومنها لو أباح ثمار بستانه ، ثم رجع ، ولم يعلم المباح له . ففي ضمان ما أكل خلاف الوكيل . . . ومنها لو عفا الولي ولم يعلم الجلاد ، فاقطع ، ففي وجوب الدية قولان متخرجان من عزل الوكيل ، أحدهما الوجوب . ومنها لو أذن المرتين في بيع المرهونة ، ثم رجع ، ولم يعلم الراهن ، ففي نفوذ تصرفه وجهان ، أحدهما لا ينفذ . ومنها إذا خرج الأقرب عن الولاية فهم للأبعد ، فلو زال المانع من الأقرب ، وزوج الأبعد ، وهو لا يعلم ، ففي الصحة وجهان^(٣) . ومنها لو وكله وهو غائب ، فهل يكون وكيلًا من حين التوكيل ، أو من حين بلوغ الخبر ؟ وجهان ، مقتضى ما في الروضة تصحيح الأول . ومنها لو استأذنها غير المجبر ، فأذنت ثم رجعت ، ولم يعلم حتى زوج ، ففي صحته خلاف الوكيل^(٤) » .

المطلب الثاني

الإعلام المنشئ في المذهب الحنبلي

١٩٦ — نكاد نجد لدى المذهب الحنبلي نفس الضوابط التي وضعها المذهب الشافعي لاشتراط الإعلام المنشئ . فقد جاء في القاعدة الثالثة والستين من قواعد ابن رجب : « إن من لا يعتبر رضاه بفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به » ويذكرنا هذا

(١) نهاية المحتاج للرملي ، ج ٤ ، ص ٣٩ ، س ٦ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٢٣ . ويترتب على هذا الرأي الأصح أن الوكيل « إذا تصرف بعد عزل . . . جاهلا لم يصح تصرفه وضمن ما سلمه فيما يظهر ، إذ الجهل غير مؤثر في الضمان ، ومن ثم غرم الدية والكفالة إذا قتل جاهلا بالعزل . . . ولا رجوع له بما غرمه على موكله على الأصح ، وإن غره خلافاً لبعضهم ، هذا هو مقتضى كلام الشافعي والعز إلى حيث قالوا واشترى شيئاً لموكله جاهلا بانعزاله فنلت في يده ، وغرم بدله ، رجع على الموكل ، لأنه الذي غره (راجع نهاية المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩) . »

(٣) يلاحظ هنا أن إعلام الأبعد بزوال المانع هو إذن بواقعة .

(٤) الأشباه والنظائر ، المرجع السابق .

الضابط بذلك الذي ألفناه لدى المذهب الشافعي والذي جاء فيه « إن ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم » وواضح أن النتيجة الطبيعية لتماثل الضوابط لدى المذهبين هي ضيق دائرة التعبيرات المتلقاة فيهما ، وسنلمس ذلك في النصوص التي نقلناها فيما يلي عن ابن رجب والتي سنستعرض فيها بعض التطبيقات للتعبيرات المتلقاة والتعبيرات المتلقاة المجمع عليها والمختلف فيها .

١٩٧ — التعبيرات المتلقاة : ينذر أن نجد في المذهب الحنبلي تعبيراً متلقى مجمماً عليه ولقد استقرأنا التعبيرات التي أشار إليها ابن رجب ، فلم نجد من هذه التعبيرات سوى فسخ الوديعة من قبل المودع لديه ، فلقد جاء في قواعد ابن رجب « فلو قال المودع بمحض من رب الوديعة أو في غيبته : فسخت الوديعة أو أزلت نفسي عنها ، لم تنفسخ قبل أن يصل إلى صاحبها (١) . » (٢)

١٩٨ — التعبيرات المتلقاة : تتسع دائرة التعبيرات المتلقاة في المذهب الحنبلي كما أسلفنا ونشير فيما يلي إلى الضابط الذي وضعه ابن رجب لهذه التعبيرات والتطبيقات التي تندرج في ظله ، جاء في قواعد ابن رجب :

القاعدة الثالثة والستون وهي : ان من لا يعتبر رضاه بفسخ عقد أو حله ، لا يعتبر علمه به ، ويندرج تحت ذلك مسائل منها الطلاق ، ومنها الخلع ومنها العتق ولو كان على مال ، ومنها فسخ المعلقة تحت عبد ، ومنها فسخ المعيب والمداس وكذلك الإجارة ومنها فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر ومنها الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر.... ومنها الوديعة وقد ذكر القاضي في مواضع كثيرة في خلافه أن للمودع فسخها بالقول في غيبة المودع . وتنفسخ قبل علم المودع بالفسخ وتبقى في يده أمانة كمن أطارت الريح إلى بيته ثوباً لغيره (٣) » وجاء في المغني : « أن زوج

(١) القواعد لأبن رجب ، ص ١١٤ .

(٢) وفي نطاق القانون العام يعتبر عزل القاضي تعبيراً متلقى جاء في قواعد ابن رجب (المرجع السابق) : « وفي التخييص لا ينزل القاضي قبل العلم بخلاف لأن ولاية القاضي عامة ، لما يترتب عليها من عموم العقود والفسوخ فتعظم البلوى بإبطالها قبل العلم بخلاف الوكالة . » (٣) المرجع السابق .

الرجعية إذا راجعها ، وهى لا تعلم ، صحت المراجعة لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر
إلا علمها كطلاقها ^(١) . »

١٩٩ - التعبيرات الخلافية : يأتي في مقدمة هذه التعبيرات عزل الوكيل
ونورد أدلة مثبتة لإعلامه ونفاته كما وردت في كتاب المغنى ثم نستعرض التعبيرات
الخلافية الأخرى كما وردت في قواعد ابن رجب ، جاء في المغنى : « متى تصرف الوكيل
بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت
الموكل فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعى فيه قولان ، وظاهر كلام الخرق هذا أنه ينعزل
علم أو لم يعلم ، وقد تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله ، فتصرفه باطل ،
لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعناق .

والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص عليه في
رواية جعفر بن محمد ، لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات
فنتق باطله ، وربما باع الجارية فيطؤها المشتري ، أو الطعام فيأكله ، وغير ذلك فيتصرف
فيه المشتري ويجب ضمانه ، ويتضرر المشتري والوكيل . ولأنه يتصرف بأمر الموكل
ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه بالفسخ ، فعلى هذه الرواية متى تصرف
قبل العلم نفذ تصرفه ^(٢) . » وجاء في قواعد ابن رجب : « المشهور أن كل من ينعزل
بموت أو عزل هل ينعزل بمجرد ذلك ، أم يقف عزله على علمه ؟ على روايتين . وسواء
في ذلك الوكيل وغيره ، والإذن للزوجة أو العبد فيما لا يملكه بدون إذن إذا وجد
بعده نهى لم يعلمه مخرج على الوكيل . وكذلك إذن المرتهن للراهن في التصرف إذا
منع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم . . . ومنها عقود المشاركات كالشركة والمضاربة
والشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة . . . ومنها الفسخ بالخيار يملكه من يملك
الخيار بغير علم الآخر عند القاضى والأكثرين ومخرج أبو الخطاب فيها وجهاً آخر ،
أنه لا ينفسخ إلا أن يبلغه في المدة ، من عزل الوكيل ، وفيه نظر ، فإن من له الخيار
يتصرف بالفسخ لنفسه ^(٣) . »

(١) المغنى ، ج ٨ ، ص ٤٩٨ .

(٢) المغنى ، ج ٥ ، ص ٢٤٢ .

(٣) قواعد ابن رجب ص ١١٤ - ١١٥ .

المطلب الثالث

الإعلام المنشئ لدى ابن حزم

٢٠٠ - لسنا نريد هنا - بعد أن أفضنا في البحث في الإعلام المنشئ لدى مذاهب أهل السنة - أن نتوسع في بحث هذا الإعلام لدى ابن حزم . وحسبنا أن نجتزئ القول هنا في تعبيرى الطلاق والرجعة اللذين خالف فيهما ابن حزم المذاهب الأربعة ، وذهب إلى أنهما تعبيران متعلقان لا ملقيان .

§ ١ - الإعلام المنشئ والطلاق

٢٠١ - يذهب ابن حزم - ومعه الشيعة الزيدية^(١) إلى أن الطلاق يجب أن يكون تعبيراً متلقى ، وهو يرى أن الطلاق الخالى من الإعلام لا يمكن أن يوصف بأنه سراح جميل ، وهو مدعاة لإلحاق الضرر بالمرأة المخاطبة به نتيجة إلزامها بالعدة رغم جهلها بالطلاق وينبئ على اعتبار الطلاق تعبيراً متلقى أن يكون للزوج الحق في الرجوع عنه ، مادام لم يتصل بعلم المخاطبة به ، وأن تظل هذه المخاطبة زوجة له بحيث لا ترد له ما أنفق عليها قبل علمها بالطلاق ، ويكون لها الحق في ورائته إذا ما توفى قبل هذا العلم .

جاء في المحلى : « ومن طلق امرأته وهو غائب لم يكن طلاقاً ، وهى امرأته كما كانت ، يتوارثان إن مات أحدهما ، وجميع حقوق الزوجية بينهما ، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، ثلاثاً أو أقل ، إلا حتى يبلغ إليها ، فإذا بلغها الخبر من تصدقه ، أو بشهادة تقبل في الحكم فحينئذ يلزمها الطلاق إن كانت حاملاً ، أو طاهراً في طهر لم يمسها فيه » .

وجاء أيضاً : « وبالضرورة بوقن كل ذى حس سليم أن من طلقها فلم يبلغها الطلاق فقد ضارها ، ومضارها حرام ، ففعله مردود باطل ، والمصيبة لا تنوب عن

(١) جاء في فرق النكاح في المذاهب الإسلامية ، محاضرات ألقاها الأستاذ على الخفيف على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العربية العالية ، عام ١٩٥٨ ، ص ٣٥٧ : « وقد ذهب الزيدية إلى أن من طلقها زوجها ، أو مات عنها ، أو فسخ نكاحها ، لزمها العدة من وقت العلم بذلك ، لامن وقت الوقوع ، وهذا في الزوجة العاقل الحائل . »

الطاعة . وبالضرورة يوقن كل أحد أن من فعل ذلك فلم يسرحها سراحاً جميلاً .
ومن لم يطلق للعدة ، ولم يحص العدة ، فلم يطلق كما أمره الله تعالى ، ومن لم يطلق
كما أمره الله تعالى فلم يطلق أصلاً . . . ولا يجوز في دين الإسلام أن يحال بزمان بين
الطلاق وبين أول عدتها ولا يجوز أن تكون امرأة ذات زوج موطوءة منه خارجة
عن الزوجية بطلاقه وفي غير عدة ، هذا خلاف القرآن والسنة^(١) . »

ويقول ابن حزم في باب العدة : « وتعمد المطلقة غير الحامل . . . من حين يأتيها
خبر الطلاق » ويقول أيضاً : « والذي نقول به أنهما يتوارثان ، وله الرجعة عليها
ما لم يبلغها طلاقه بالثلاث ، ولا ترد ما أكلت في الطلاق ، لأنها زوجته ما لم يبلغها
أو يأتيها الخبر ، وأما في الموت فبخلاف ذلك وترد ما أكلت لأنها أكلت مال الورثة
أو مال الغرماء ، ولا حق لها عندهم^(٢) » .

٢٠٢ — تقرير هذا الرأي : يرى الجمهور أنه ليس ثمة من علاقة بين العدة
وعلم المرأة بالطلاق .

ذلك لأن الهدف من العدة هو مجرد استبراء الرحم لا التعبد ويوجه أستاذنا
الخفيف رأي الجمهور بقوله : « إن العدة لتعرف براءة الرحم لا التعبد بدليل انتهاءها
بالوضع اتفاقاً — ولو لم تعلم الزوجة بالفرقة . وإذا كانت لتعرف براءة الرحم لم يكن
لعلم الزوجة بالوفاة مدخل في ذلك ، فلا يعتبر بداية لها » .

ومحن نرى أنه إذا كانت الصلة مفقودة بين العدة وعلم المرأة بالطلاق فثمة
اعتبارات عملية تقتضي افتراض مثل هذه الصلة ذلك لأن هذه الاعتبارات تقتضي
تأخير وقوع الطلاق — وهو أبغض الحلال إلى الله — ما أمكن . ولما كان اعتبار
الطلاق تعبيراً متلق لا يتم إلا بعلم المخاطبة به عاملاً في تأخير وقوع الطلاق إلى حين
علمها ، وفسح المجال للزوج من ثم للرجوع عنه قبل علمها ، لذلك نرى من الخير
لكيان الأسرة أن يفرض الإعلام للنشء على تعبير الطلاق ونرحب برأي ابن حزم
الذين يشترط هذا الإعلام ، ويستدعي ذلك التأخير مستقبلاً إعطاء فرصة جديدة
لحفاظ على الحياة الزوجية المشتركة المهددة بالإهيار^(٣) .

(١) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ١٩٧ — ١٩٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣١١ — ٣١٢ ، المسألة ٢٠٠٩ .

(٣) فارن فرق النكاح للأستاذ على الخفيف ، ص ٦١ و ص ٩٢ .

§ ٢ - الإعلام المنشئ والرجعة

٢٠٣ - رأينا فيما سبق أن الفقه الإسلامى على عدم اشتراط الإعلام المنشئ
فى الرجعة ، ورأينا أيضاً أن هذا الإنتفاء هو مظنة لإلحاق الضرر بالمرأة ، وتساءل
هنا هل من سبيل إلى إبعاد هذا الضرر المحتمل عن المرأة ؟

الواقع أن اعتبار الرجعة تعبيراً متلقى ، وما يستتبعه من اعتبار الإعلام المنشئ
عنصراً ركنياً فى الرجعة لا تقوم إلا به ، يقدم لنا دريئة مانعة من الإضرار بالمرأة .
وتتبدى حماية الإعلام للمرأة المطلقة فى حالة ما لو تزوجت بعد انقضاء عدتها
من زوج آخر ، دون أن تعلم بارتجاع زوجها لها قبل انقضاء العدة . فى حالة اعتبار
الارتجاع تعبيراً متلقى ، يعتبر الزواج اللاحق صحيحاً ، لأن الرجعة السابقة التى لم تتصل
بعلم المرأة تعتبر لغوياً ، ومن ثم تغدو الزوجة بعد انقضاء العدة أجنبية عن الزوج
الأول ، ويحق لها تبعاً لذلك أن تولى وجهها شطر زوج جديد .

ويبدو أن الفقيه ابن حزم - ومعه المذهب الأباضى ^(١) - قد لاحظ ما يكتنف
انتفاء الإعلام فى الرجعة من أضرار تلحق بالمرأة فذهب إلى اشتراط هذا الإعلام
على غرار اشتراطه الإعلام فى الطلاق معزراً لاشتراطه هذا بقوله : « برهان ذلك قول
الله تعالى : يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم . وقال تعالى :
« ولا تضاروهن لتضيقوا عليهم . وهذا عين المضارة . وقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم : من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد . فمضارتها مردودة باطلة » ويعمّل
ابن حزم على دليلين آخرين لاشتراط الإعلام يستمدهما من القرآن الكريم أحدهما
يذهب إلى أن الرجعة المجردة عن الإعلام لا يصح أن توصف أنها إمساك بمعروف
وثانيهما يذهب إلى أن الرجعة المكتومة عن المرأة هى رجعة مقرونة بإرادة الفساد
لا بإرادة الإصلاح . قال ابن حزم فى دليله الأول : « وأيضاً فإن الله تعالى سمي الرجعة
إمساكاً بمعروف قال تعالى : فإذا بلغن أجلهن ، فامسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن

(١) جاء فى شرح النيل (ج ٣ ، ص ٥٢٨) : « ولا تتمكن مطلقة واحداً نفسها للزوج
إن ادعى مراجعة إن لم تعلم بها . »

(١٣ - التعبير عن الإرادة)

بمعروف : فالرجعة هي الإمساك ولا تكون بنص كلام الله تعالى إلا بمعروف ، والمعروف هو إعلامها وإعلام أهلها إن كانت صغيرة أو مجنونة ، فإن لم يعلمها لم يمساك بمعروف ، ولكن بمنكر ، إذ منعه حقوق الزوجية من النفقة والكسوة والإسكان والقسمة فهو إمساك فاسد باطل ما لم يشهد بإعلامها ، فحينئذ يكون بمعروف .

وقال في دليله الثاني : « وكذلك قال الله عز وجل : وبمولتهن أحق بردهن في ذلك ، إن أرادوا إصلاحاً ، ولهن مثل الذي الذي عليهن بالمعروف . . . إنما يكون البعل أحق بردها إن أراد إصلاحاً بنص القرآن ومن كتمها الرد ، أو رد بحيث لا يبلغها فلم يرد إصلاحاً ، بلا شك ، بل أراد الفساد ، فليس رداً ولا رجعة أصلاً^(١) . »

٢٠٤ — تقرير هذا الرأي : إننا نذهب إلى تأييد رأي ابن حزم في اعتباره الرجعة تعبيراً متعلق بقوة مبناء ، ولجديّة الفوائد المتولدة عنه ، ذلك أننا إذا ما رجعنا إلى المثال الذي افترضنا فيه زواج المرأة الجاهلة لارتجاعها ، نجد أن اعتبار الرجعة تعبيراً متعلق يحقق فائدة مزدوجة : فهو يصون من جهة حقوق الزوج الجديد في العقد اللاحق التي تغدو مهدة ، إذا ما ظل التعبير القولي بالرجعة تعبيراً متعلقاً . وهو يحمي من جهة أخرى حقوق المرأة المخاطبة بالرجعة من مفاجأة طارئة تهدد عقدها الجديد بارتجاع لم يكن في حسابها .

والظاهر أن فقهاء أهل السنة لم يفهم ملاحظة ما أعلم المرأة بالرجعة من الفائدة يدل على ذلك ما أوصوا به من نذب الإعلام بها واستحبابه .

جاء في الهداية : « ويستحب أن يعلمها ، كي لا تقع بالمعصية^(٢) » . وجاء في البدائع : « وكذا إعلامها بالرجعة ليس بشرط ، حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت . . . ولكنه مندوب إليه ومستحب ؛ لأنه إذا راجعها ، ولم يعلمها بالرجعة ، فمن الجائز أنها تتزوج عند مضي ثلاث حيض ، ظناً منها أن عدتها قد انقضت ، فكان ترك الإعلام فيه تسبياً إلى عقد حرام ، فاستحب له أن يعلمها ، ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها ، وتزوجت بزواج آخر ، ثم جاء زوجها الأول ،

(١) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ٢٥٣ ، المسألة ١٩٨٦ .

(٢) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٦٢ .

فهي امرأته ، سواء كان دخل بها الثاني ، أو لم يدخل ، ويفرق بينها وبين الثاني ، لأن الرجعة قد صحت بدون علمها ، فتزوجها الثاني وهي امرأة الأول ، فلم يصح^(٣) . » وبالإضافة إلى الاعتبار العملي السابق ثمة اعتباران فنيان يؤيدان رأى ابن حزم أولهما أن الفقهاء قد أجازوا لأنفسهم اشتراط ركنية الإشهاد في النكاح رغم عدم ورود نص قرآني به لمجرد أنه يفضى إلى حماية حقوق الغير ، وهو الولد ، فلا عجب إذن إذا ذهب ابن حزم إلى فرض قيد الإعلام على الرجعة ، وهو دون الإشهاد في الدرجة لحماية حقوق الغير من الهدر والضياع . وفيما عدا ذلك فما دامت الرجعة تتضمن إنشاء النكاح من وجه ، كما يقول الشافعي ، وما دام إنشاء النكاح من كل وجه يتطلب سماع المرأة لإيجاب الرجل ، فكذا إنشاؤه من وجه في الإرتجاع فإنه يقتضى سماع المرأة لارتجاع الرجل .

كل هذا مع اعترافنا بأن تحويل الرجعة من تعبير ملقى إلى تعبير متلقى يتعارض والضابط الذى وضعه الفقهاء الأحناف للتعبيرات الملقاة وهو أن « تصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير » على أن خروج ابن حزم على هذا الضابط يشفع له في نظرنا الإعتبارات التى سبق أن أشرنا إليها ، إلى جانب مسيرته نزعة الفقه الإسلامى في ضمانه لاستقرار التعامل .

الفرع الثالث

الإعلام المنشئ في تقنينى الجمهورية العربية المتحدة

٢٠٥ — بعد أن فرغنا من الكلام عن تقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة في الفقه الإسلامى وعن مدى تطبيق هذا الفقه للإعلام المنشئ تتساءل هنا : أيقر تقنيننا الجمهورية العربية المتحدة هذا التقسيم ؟ وما هو مدى تطبيقهما للإعلام المنشئ ؟ .

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٨١ ، س ٢٣ .

المطلب الأول

الإعلام المنشئ في التقنين المدني المصري

٢٠٦ — يرى سالى أن تقسيم التعبيرات إلى ملقى ومتلقى هو تقسيم أساسى فى القانون الألمانى وأنه يهيمن فيه على كل تنظيمه للتعبير عن الإرادة بحيث أن طبيعة التعبير بحسب ما إذا كان ملقى أو متلقى تتدخل فى حل كل مسألة وتصبح فيها اعتباراً رئيسياً^(١) فهل يقر القانون المدنى المصرى هذا التقسيم ؟ وما هو مدى تطبيقه للإعلام المنشئ ؟

إن ظاهر المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن : « التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه » يشير إلى أن هذا التقسيم ملحوظ . يؤيد ذلك أن المذكرة الإيضاحية قد أشارت — إبان تعليقها على أصل هذه المادة فى المشروع التمهيدى — إلى أن من بين المصادر المباشرة لهذه المادة ، المادة ١٣٠ من القانون المدنى الألمانى التى تنص على أن « التعبير عن الإرادة الذى يجب توجيهه إلى شخص آخر ، إذا ما وجه فى غياب هذا الأخير ، ينتج أثره وقت وصوله إليه . ولا ينتج التعبير أثره إذا ما وصل إلى الشخص الآخر ، قبل وصول التعبير ، أو وقت وصوله رجوع فيه » .

ويلاحظ هنا أن هذا الاستمداد يجب أن ينظر إليه من زاوية التنظيم المصرى الذى يواجه التصرف القانونى فى نطاق نظرية الإلتزامات ، ويضع أحكام التعبير عن الإرادة فى نطاق عناصر العقد مفترقاً فى ذلك افتراقاً أساسياً عن التنظيم الألمانى الذى يجعل نظرية التصرف القانونى ، لا نظرية الإلتزام ، نقطة انطلاق لتنظيم أحكامه ، ويسط أحكام التعبير عن الإرادة على كافة العلاقات الإرادية .

ويلاحظ ثانياً أن المادة ١٣٠ لم تأت بحكمها إلا بخصوص نوع واحد من التعبير هو بحسب نص المادة نفسه التعبير الذى يجب أن يوجه إلى شخص آخر
La déclaration de volonté qui doit être émise envers un autre

(١) سالى ، التعبير عن الإرادة ، ص ٢ وم ١١٦ ، ف ٤ .

وأن المشرع حين اقتبس نص المادة الألمانية ، حذف منها هذا التحديد ، وأجرى حكمه بخصوص التعبير عن الإرادة مطلقاً من كل تحديد ، بل عاماً على كل صورة .. فكان المشرع يقيم حكماً عاماً لجميع أنواع التعبيرات عن الإرادة ويتأكد هذا الاتجاه في المذكرة الإيضاحية نفسها فهي حين تتحدث عن الإصدار — وهو الوقت الذي ينتج فيه التعبير الملقى أثره^(١) — لا تعطى له هذا الأثر بل تقول إنه « من الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره ... وبين استكمال هذا التعبير لحكمه ... وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذي يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه^(٢) ». فالذكرة حين تتحدث عن الإصدار كما مر لا تفرق بين نوع من التعبير ونوع آخر ، بل هي تعطى لهذه المرحلة حكماً واحداً في جميع الأحوال ، ولا تنيط بها تمام التعبير واستكمال حكمه في بعض التعبيرات^(٣)

ويترب على هذا الاقتراح بين التنظيمين أن يكون مدى المادة ٩١ من القانون المدني المصري مغايراً لمدى أصل هذه المادة في القانون المدني الألماني ، وبعبارة أخرى ، يجب أن يفهم نص المادة ٩١ على أنه مقصور على التعبيرات التعاقدية فحسب وأن يكون الأصل في هذا النوع من التعبيرات ضرورة الإعلام لا انتفائه .

ويؤكد ذلك ما ورد في المادة ٨٩ التي ذهبت إلى أن كلا من الإيجاب والقبول هو تعبير متلقى . وما ورد في المادة ٩٧ التي ذهبت إلى أن القبول من غائب هو تعبير متلقى^(٤) .

٢٠٧ — هل العلم هو القاعدة أم الاستثناء في التعبيرات غير التعاقدية؟

إن الأصل هنا هو نفس الأصل الذي قررناه في الفقه الإسلامي . إن القاعدة هي عدم ضرورة الإعلام ، بدليل أن المشرع كان ينص على ضرورة الإعلام في كل حالة كان يرتأى فيها هذه الضرورة كحالة تنازل الوكيل عن الوكالة^(٥) وقبول المنتفع في

(١) راجع ما سبق ، ف ٩٨ ، س ٨٩ .

(٢) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ١٩ .

(٣) قلادة ، ف ٤٥ ، س ١٥٠ — ص ١٥١ .

(٤) راجع ما سبق ، ف ١٣٣ و ف ١٣٤ .

(٥) جاء في المادة ٧١٦ مصري « أن تنازل الوكيل عن الوكالة لا يتم إلا بإعلانه للوكيل » .

الإشتراط لمصلحة الغير^(١) وحالة الوعد بجائزة في المشروع التمهيدى^(٢) ولو كانت ضرورة الإعلام هي القاعدة ، لما كانت بالمشروع حاجة إلى النص على ضرورة الإعلام في هذه الحالات الخاصة . أضف إلى ذلك أن استلزام الإعلام كما رأينا هو ضرب من الشككية . ولما كانت الشككية هي الإستثناء ، فيجب أن تقتصر بنص قانونى ، بحيث إذا ما كان القانون صامتاً فيما يتعلق بتعبير معين ، فإن التعبير لا يكون حينئذ إلا ملقى على أن ما قرره هنا يجب أن يكون مفهوماً من خلال الفقرة الثانية للمادة الأولى من القانون المدنى التى تنص على أنه « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . وبناء على ما تقدم يتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لمعرفة ما إذا كان تعبير ما مسكوت عنه هو ملقى أم متلقى^(٣) .

(١) جاء فى المادة ١٥٥ مصرى : « يجوز للشرط دون دائئيه أو ورئته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى التمهيد أو إلى المشترط رغبته فى الإستفادة منها » ويلاحظ هنا أن إطلاق القانون لتسمية الإعلان على ما يقصد به الإعلام هو إطلاق غير دقيق . راجع ما سبق ، هامش ف ٨٤ ، ص ٧٢ . (٢) جاء فى المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى أن الوعد الإفرادى يلزم صاحبه « من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه » .

(٣) وعلى ضوء ما تقدم نستعرض فيما يلى موقف الفقه المصرى من تعبيرين لم ينص القانون على ضرورة الإعلام فيهما هما نقض المشارطة فى الاشتراط لمصلحة الغير ، والإقرار . يذهب أستاذنا الدكتور السهوى إلى أن نقض المشارطة هو تعبير ملقى . فقد جاء فى كتابه مصادر الحق (ج ٥ ، ص ٥٩) : « يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ الإلتزام نحو المنتفع » .

ويرى الدكتور عبد الحى حجازى فى كتابه النظرية العامة للإلتزام (ف ٤٧٤ ، ص ٣٧٤) عند موازنته بين الإجارة والإقرار أن الإجارة تعبير ملقى والإقرار تعبير متلقى دون أن يبين وجه الفرق . ويبدو أن الدكتور أحمد حشمة أبو ستيت قد ارتضى هذه التفرقة واعتمدها فى كتابه نظرية الإلتزام (انظر هامش ف ٢٥٢ ص ٢٦٣) وعندى أنه إذا كان يصح اعتبار نقض المشارطة تعبيراً ملقى فليس يصح اعتبار الإقرار تعبيراً ملقى ذلك لأن تطلب الإعلام فى نقض المشارطة عليه كون هذا النقض من التعبيرات الإستثنائية التى تدعو المتعهد إلى الإمتناع عن عمل ، وهو يستند إلى دفع الضرر عنه . أما تطلب الإعلام فى الإقرار فهو لا يرتكز ، فيما نرى ، على دليل يدعمه بل ثمة من الأدلة ما يقضى بنفيه ويؤيد هذا النفي الأسباب الآتية التى تؤكد اعتبار الإقرار — ويسمى إجارة فى الفقه الإسلامى — تعبيراً ملقى :

إن السكّال بن همام قد أشار صراحة إلى أن ممارسة المالك خياره فى إقرار عقد الفصولى أو نقضه هو تعبير ملقى فقد جاء فى كتابه فتح القدير (ج ٥ ، ص ١٢٢) : « ومنها خيار المالك فى بيع الفصولى بدون علم المتعاقدين ان عقدهما لا وجود له فى حق المالك ، إذ لا ولاية لهما عليه » .

٢٠٨ - تقرير المادة ٩١ : انتهينا مما سبق إلى أن الأصل في التعبيرات غير

التعاقدية أنها ملقاة فهل يتعارض ذلك مع نص المادة ٩١ التي تفيد أن كل تعبير عن الإرادة هو متلقى ؟ الواقع أن منطوق هذه المادة - إذا نظر إليه من خلال المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى - يتعارض مع ما انتهينا إليه ، ذلك لأن سريان أحكام العقد على التصرفات القانونية بوجه عام فيما عدا الأحوال التي تتعلق بضرورة وجود إرادتين متطابقتين - وكما تشير إلى ذلك المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى^(١) - يجعل شمول المادة ٩١ لكل التعبيرات نتيجة لازمة . الأمر الذي لا يأتلف

وإلى جانب المعيار الشرعى الذى لا يسهف في اعتبار الإقرار تعبيراً متلقى نجد المعايير الطبيعية تستصحب على تطلب الإعلام في الإقرار .

(١) إن المعيار الطبيعي الذى يقضى بأن كل مالا يحتاج إلى الرضا لا يحتاج للعلم لا يسهف في تطلب الإعلام في الإقرار ، ذلك لأنه لا يقتصر إلى رضا الفضولى والمشتري منه . وهو في هذا كالإجازة في خيار الشرط فكما أن هذه لا تقتصر إلى الإعلام لعدم افتقارها إلى رضى الآخر فكذلك يجب أن يكون الإقرار .

(٢) إن المعيار الذى يقضى بأن مبنى الإلزام على العلم لا يفيد في تطلب الإعلام في الإقرار ذلك لأن الإقرار لا يلزم العاقدين أمراً جديداً شأنه في ذلك شأن الإجازة في خيار الشرط (راجع ماسبق ، ف ١٦٠ ، ص ١٤٩)

(٣) وكذلك فإن المعيار الطبيعي الذى يستند إلى طبيعة الحق ومقتضاه كما رأينا أن تصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير لا يسهف في تطلب الإعلام في الإقرار بل هو على العكس من ذلك يؤكد انتفاء هذا الإعلام ، لأن المالك يمارس خالص حقه في الإقرار بدليل أن المالك الذى انصب عليه التصرف الموقوف يعود إليه على سبيل الاستقلال ، فمن الطبيعي إذن أن يمنع رب العمل الحق المطلق في إقرار هذا التصرف دون توقف على علم الغير .

(٤) وأخيراً فإن معيار العدالة لا يسهف في تطلب الإعلام في الإقرار ، ذلك لأن المالك إذ يقر التصرف الموقوف لا يلحق أى ضرر بذوى الشأن ذلك لأن الإقرار لا يحملها أمراً زائداً على ما توجهت إردتهما إليه وشأن الأقرار في هذا كشأن الإجازة فهي أيضاً قد أقر الفقهاء انتفاء الإعلام فيها لانتفاء الحاقها ضرراً بالغير (راجع ماسبق ، ف ١٦٠ ، ص ١٤٩) .

وأخيراً فلنصرح الفقهاء المسلمون بأن رد المالك لعقد الفضولى هو تعبير ملق فبالأحرى أن يكون إقرار المالك لعقد الفضولى تعبيراً ملق لأن الأول إذا كان يحمل طابع الإلزام والإضرار بالتعاقد مع الفضولى ، لإهدارة تصرفه ، فإن الثانى ليس فيه ما يلزم العاقد الآخر أو يضر به بل فيه نفع لهذا العاقد لأنه يفيد إعمال كلامه وتصحيحه .

(١) إن القواعد العامة للتصرف القانونى ليست إلا قواعد العقد . فأحكام التعبير المنفرد نفسه تستمد من أحكام المصدر الأول ، وعلى هذا نصت المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى ، فطبقاً لها « تسمى على هذا الوعد [الصادر من من جانب واحد] الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما يتعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين » راجع ف ٥٠ ، ص ٦٦١ .

والأصل الذى انتهينا إليه سابقاً ، والذى قررنا فيه أن التعبير بوجه عام هو ملقى . وينبنى على ذلك أن المادة ٩١ تعتبر مادة مضللة يتوجب حذفها . ولقد أوهمت هذه المادة المشرع نفسه إبان تسويفه لتطاب الإعلام فى الوعد بجائزة - وهو تعبير غير تماقدى - معتبراً الأصل فى التعبيرات تماندية كانت أو غير تماقدية ، أنها متلقاة^(١) على أن حذف هذه المادة ليس يعنى أن المشرع قد عدل عن حكمها ، ذلك لأن هذا الحكم قائم فعلاً فى المادة ٨٩ التى تفيد أن كلا من الإيجاب والقبول هو تعبير متلقى ، والمادة ٩٧ التى تفيد أن القبول من غائب هو تعبير متلقى .

على أننا إذا دعونا إلى حذف المادة ٩١ فليس يعنى ذلك أننا نعترض على حكم المادة ١٣٠ المأني (أصل المادة ٩١) ذلك لأن هذا الأصل يخلو من العيوب التى لحقت بالمادة المقتبسة عنه ، والتى مؤداها أن كل تعبير هو متلقى . إن المشرع الألمانى لم يكن يريد أن يقول إن كل تعبير عن الإرادة هو متلقى ، وإنما كل ما كان يريد أن يهدف إليه من وراء سنه المادة ١٣٠ هو تحديد الوقت الذى ينفذ فيه نوع معين من التعبيرات ، هو التعبيرات المتلقاة ، فقد قضت هذه المادة بأن يكون وقت نفاذ هذه التعبيرات هو وقت وصولها إلى المخاطب بها . وهذا التحديد لا مأخذ عليه ؛ لأنه يتجاشى تعميماً لا يؤيده الواقع

المطلب الثانى

الإعلام المنشئ فى التقنين المدنى السورى

٢٠٩ - إن مدى تطبيق الإعلام المنشئ فى التقنين المدنى السورى هو أضيق منه فى التقنين المدنى المصرى . ويرجع ذلك إلى أن المشرع السورى عند ما اقتبس

(١) إن هذه المادة قد ضللت المشرع نفسه حينما علق فى المذكرة الإيضاحية على المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدي التى تفيد أن الوعد بجائزة هو تعبير متلقى بقوله : « لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ، شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة ، فيجوز العدول عنه بعد صدوره ، متى وصل هذا العدول إلى علم من وجه إليه ، قبل وصول لوعده ذاته ، أو وقت وصوله (المذكرة الإيضاحية ، ص ٣٣٨ ، هامش م ٢٢٨) . » ثم ما لبث المشرع أن عدل عن هذا الحكم فى النص النهائى (م ١٦٢) واعتبر الوعد بجائزة تعبيراً ملقى . ويقضى هذا النص بأن : من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بأعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها

القانون المصري عام ١٩٤٩ حذف منه المادة ٩١ التي تفيد أن كل تعبير عن الإرادة هو تعبير متلقى ، وعدل المادة ٩٧ التي جاء فيها أن القبول هو تعبير متلقى ، جاعلا الأصل في المادة ٩٨ المقابلة لها انتفاء الإعلام المنشئ - في القبول - وتبسال هنا ماهي المسوغات التي دعت المشرع السوري إلى هذا التعديل وذلك الإلغاء ؟ وهل يفسر هذا الموقف على أنه هجر لتقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة ؟ وإذا كان إغفال الأخذ بالمادة ٩١ لا يعد نبذاً لهذا التقسيم أمّن سبيل إلى سن مادة يلحظ فيها هذا التقسيم بصورة صريحة ؟ فأمامنا إذن ثلاث مسائل للبحث :

٢١٠ - (١) لم تشر المذكرة الإيضاحية في القانون المدني السوري إلى المسوغات التي حدثت بها إلى الاستغناء عن المادة ٩١ ق.م.م ولعل استبدال المادة ٩٨ ق.م.م.س الآخذة بنظرية الإعلان بالمادة ٩٧ ق.م.م. الآخذة بنظرية العلم هو الذي استتبع من فوره هذا الاستغناء ذلك لأن صيرورة القبول تعبيراً ملقى كما تقضى بذلك المادة ٩٨ ق.م.م.س قد أدى إلى انحرام القاعدة العامة التي جاءت بها المادة ٩١ والقاضية باعتبار كل تعبير تعاقدي إيجابياً كان أو قبولاً تعبيراً متلقى . يؤيد ذلك أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ربطت بين الأخذ بنظرية العلم والمبدأ الوارد في المادة ٩١ بقولها : « وبعد ، فذهب العلم هو الذي يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضي بأن التعبير عن الإرادة ، لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه ، على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه . »

أما بالنسبة لاستبدال المادة ٩٨ الآخذة بنظرية الإعلان بالمادة ٩٧ الآخذة بنظرية العلم فقد سبق أن أشرنا إلى مسوغاته^(١) ونضيف هنا بأن المشرع السوري كان يستند في حقيقة الأمر إلى رغبته عن نظرية العلم لما يرد عليها من مأخذ جدية سبق أن ألمحنا إليها عند عرضنا لنظرية خيار الطريق^(٢) وإننا نرى أن هذه المآخذ هي الأسباب العميقة التي دعت المشرع السوري إلى نبذ نظرية العلم والاستعاضة عنها بنظرية الإعلان . أما ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية من أن كثرة المعاملات الجارية بين سوريا ولبنان^(٣) هي التي دعت المشرع السوري إلى الأخذ بنظرية الإعلان

(١) راجع ماسبق ، ف ١٢٧ ، ص ١٣٨ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٣٨ و ماب ، ص ١٢٩ و ماب .

(٣) ونشير هنا إلى أن الباعث الذي حدا بالمشرع السوري إلى الحفاظ على نظرية الإعلان ليس مجرد أخذ لبنان بهذه النظرية بل إن كافة البلاد المجاورة للاقليم السوري (ماعد العراق) تأخذ بها . وكذا كافة البلاد العربية الأخرى (ماعد ليبيا) . انظر المادة ٢٨ من القانون التونسي والمادة ٢٤ من القانون المراكشي .

التي أخذ بها القطر اللبناني فهو في رأينا ليس سوى تسويع ظاهري لم يشأ المشرع السوري أن يبين معه حقيقة الدوافع التي دعت به إلى مخالفة التشريع الذي جمل منه معيناً لأحكامه .

٢١١ - (٢) وتتساءل هنا أي معنى حذف المادة ٩١ إغفال تقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة في التقنين المدني السوري ؟

الواقع أن إغفال الأخذ بالمادة ٩١ ليس يعني إغفال تقسيم التعبيرات إلى تعبيرات ملقاة وتعبيرات متلقاة ذلك لأن هذا التقسيم كما سبق أن أشرنا هو تقسيم تفرضه طبائع التعبيرات^(١) ويترتب على ذلك أن تعبيراً ما إذا ما تطلب القانون إعلامه إلى المخاطب به كمثل الوكيل (م ٦٨٢ مدني سوري) يعتبر باطلاً إذا ما تخلف إعلامه إلى المخاطب به وعلى العكس من ذلك ، فإذا ما أغفل القانون تطلب إعلام تعبير ما إلى المخاطب به كالإجازة مثلاً ، فإن هذا التعبير يعتبر نافذاً بمجرد صدوره ، وحتى لو اعتقد الحيز أنه لا ينفذ إلا عند ما يتصل بعلم من وجه إليه ويكون الإعلام في هذه الحالة إيداناً بواقعة هي التصرف القانوني التام السابق له .

٢١٢ - (٣) على أن المشرع السوري إذ كان على حق في حذفه للمادة ٩١ التي لا تعبر تعبيراً سليماً عن الغرض الأساسي في تشريع أصلها في التقنين الألماني ، وإذ كان هذا الحذف لم يفد في إغفال هذا المشرع لهذه التفرقة ، فإنه ليغدو من المفيد في نظرنا أن يخصص المشرع مادة خاصة لهذه التفرقة تحل محل المادة ٩١ ، مراعيّاً فيها تحديد وقت نفاذ كل نوع من نوعي التعبيرات على نهج المادة ١٣٠ من القانون الألماني ومؤكداً فيها احتفاله صراحة بالتفرقة الجوهرية التي سبق أن أشرنا إلى أن واقع التعبيرات يباير إليها ضمناً . ويؤيد دعوتنا إلى الإشارة إلى هذا التقسيم الجديد أمور ثلاث :

(١) راجع ماسبق ، هامش ٨٧ ، ص ٧٦ . وانظر الترجمة الرسمية للقانون الألماني (ج ١ ، ص ١٢٠) إذ تقول : « فالواقع أن التفرقة التي تجرّها المادة ١٣٠ ألماني ... ليست إلا تقريراً لمجموعتين من الظواهر القانونية الموجودة بذاتها . والنتائج التي استخلصها القانون الألماني هي نتائج تترتب على طبيعة التعبير نفسه ، وتتفق مع جوهره ، بحيث أن التحليل العلمي وحده كان يكفي للكشف عنها . واعتبار التعبير متاق أو ملقى يتوقف على طبيعة التعبير الداخلية » .

أولاً : إن التعبيرات التعاقدية في القانون المدني السوري ليست كلها متلقاة بل منها التلقى وهو الإيجاب ومنها الملقى وهو القبول .

ثانياً : إن هذا التقسيم ، وهو يهدف إلى بيان وقت تمام التعبيرات ، لا يقل أهمية عن تقسيم التعبيرات إلى صريحة وضمنية المتضمن تحديد دلالة التعبير على مضمونه الداخلي^(١) . ولئن كان المشرع قد أشار صراحة إلى هذه التفرقة الأخيرة وهي تتعلق بمسألة شكلية *question de forme* فما من داع في نظرنا لإغفال الإشارة إلى التفرقة الأولى مادامت هذه التفرقة تحل مشكلة كمية الركن المادي *question de quantité* ومادامت أهميتها لا تقل عن الأولى ، بل إن هذه الأهمية قد دعت سالي إلى القول إن طبيعة التعبير بحسب ما إذا كان ملقى أو متلقى تتدخل في حل كل مسألة وتصبح فيها اعتباراً رئيسياً^(٢) .

ثالثاً : إن الإشارة إلى التفرقة الخاصة بالتوجيه إلى جانب تجريدتها لتفرقة فعلية للتعبيرات المبثوثة في القانون ، وإعرابها عن حكم فقهي لا خلاف فيه — تفضي إلى نتيجة قانونية هامة تدعونا إلى إدراجها في صلب القانون ؛ ذلك لأنه إذا اتفق طرفان أو اشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة متلقى فلا يجوز عندها الإعتداد بهذا التعبير إذا تخلف فيه الإعلام المشروط قانوناً أو اتفاقاً .

وبناء على ما تقدم نقترح إضافة المادة التالية إلى القانون المدني السوري على أن يكون مكانها تالياً للمادة ٩٣ المشيرة إلى التفرقة بين التعبيرات الصريحة والضمنية : « التعبير عن الإرادة إما أن يكون ملقى ينتج أثره بمجرد صدوره وإما أن يكون متلقى لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، ويعتبر الوصول في هذه الحالة قرينة على العلم بالتعبير ما لم يقر الدليل على عكس ذلك » .

(١) والواقع أن التقسيمين يمثلان في النظام القانوني بغير اختلاط ولا امتزاج ولا تغيير . ويوجد الواحد منهما قبالة الآخر ، يجاوره وينضم إليه ولا يطغى على نطاقه بحيث إن التعبير بوصف بوصفين كل منهما من تقسيم فالتعبير الصريح قد يكون ملقى أو متلقى كذلك الضمني راجع فكلادة ف ٤٧ و دو لاموت ف ١٧٧ و ١٨٤ .

(٢) وتظهر ضرورة التقسيمين واستقلالهما في المشروع الأول من القانون الألماني ، فلقد كان ذلك المشروع ينص صراحة على تقسيم التعبير إلى صريح وضمني . وكان يستخلص منه بعض النتائج التي تتعلق بالتقسيم الآخر إلى متلقى وملقى فكان المشرع يكتبني إذا كان التعبير صريحاً أن يصل إلى الموجه إليه كي ينتج أثره . أما إذا كان التعبير ضمنياً فإن القانون يستلزم إلى ذلك ، ضرورة العلم الحقيقي فكلاده ص ١٥٤ ، سالي ، التعبير ، ف ٣ ، ف ٥٩ .

الباب الثاني

طرق التعبير عن الإرادة

نظرية اللفظية

٢١٣ — عرفنا سابقاً أن الركن المادى للتعبير إما أن يقتصر على إظهار الإرادة، وهذا هو شأن التعبير الملقى . وإما أن ينتظم بالإضافة إلى هذا الإظهار إعلام الإرادة إلى المخاطَب ، وهذا هو شأن التعبير المتلقى . وننتقل الآن إلى دراسة طرق التعبير عن الإرادة التي يتبدى فيها هذا الركن المادى في العالم الخارجى .

ويلاحظ هنا أن اللفظ يحظى بالمكان الأهم بين هذه الطرق ، الأمر الذى دعا بعض الباحثين إلى القول بأن الفقه الإسلامى عرف نوعاً خاصاً من الشكلية أسماء اللفظية^(١) . هذا ولما كان مدى هذه اللفظية مسألة خلافية ، فقد تعين علينا أن نتبين وجه الصواب فيها على ضوء استعراض كافة طرق التعبير . ويقدم لنا هذا الاستعراض فائدة مزدوجة : فهو يعرفنا من جهة على حقيقة الدور الذى يقوم به اللفظ كوسيلة للتعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ، وهو من جهة أخرى يمهد لنا دراستنا القادمة لنظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى ، ذلك لأن « اللفظية والإرادة الظاهرة — كما يقول أستاذنا السهورى — تتمترجان فى صيغة المعقد^(٢) » .

ونبحث فى الفصلين التالين :

(١) التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

(٢) التعبير عن الإرادة باللفظ

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية لـ دكتور شفيق شحاته ، ف ١٣٤ ،

ص ١٣١ .

(٢) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٨٥ .

الفصل الأول

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

- ٢١٤ — إن مظاهر التعبير غير اللفظية هي (١) الكتابة . (٢) الإشارة .
(٣) اتخاذ أى موقف آخر يدل على الرضا . ونستعرض فيما يلي كلاً من هذا المظاهر .

المبحث الأول

الكتابة

٢١٥ — للكتابة في الفقه الإسلامى دور ثانوى بالنسبة للفظ في مجال التعبير عن الإرادة . أما في مجال الإثبات فهي تكاد تكون معدومة القيمة ؛ ذلك لأن الشهادة في هذا المجال هي الدليل الأصيل ، وليس للكتابة أن تقوم منها مقام البديل . وسنبحث فيما يلي أنواع الكتابة ، ومدى تعويل الأنظار الفقهية عليها كوسيلة للتعبير .

الفرع الأول

أنواع الكتابة

٢١٦ — الكتابة على ثلاثة أنواع في الفقه الإسلامى : كتابة غير مستبينة وكتابة مستبينة وكتابة مرسومة .

(١) الكتابة غير المستبينة : يقصد بالكتابة غير المستبينة ما ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها ، كالكتابة في الهواء وعلى الماء ، إذ لا يستطيع قراءتها ولا فهمها .

ويذهب رأى السائد في الفقه الإسلامى إلى إغفال التعبيرات التي تكتب على هذه الصورة واعتبارها في حكم المدم . جاء في البدائع : « وإن كتب كتابة غير مستبينة بأن كتب على الماء ، أو على الهواء ، فذلك ليس بشيء ، حتى لا يقع به الطلاق ، وإن نوى ، لأن ما لا يستبين به الحروف ، لا يسمى كتابة ، فكان ملحقاتاً

بالعدم^(١) » على أن قلة من الفقهاء ، كاليسكري والشعبي ، قد ذهبت إلى وجوب الإعتداد شرعاً بهذا النوع من التعبيرات وحجتهم في ذلك أن صاحب التعبير في هذه الحالة قد كتب حروف تعبيره ، فكان كما لو كتبها بشيء^(٢) .

(٢) الكتابة المستبينة : يقصد بالكتابة المستبينة ما لها بقاء بعد الفراغ منها ويستطاع قراءتها ، كالكتابة على الورق أو على اللوح . ويذهب الرأي السائد في الفقه الإسلامي إلى اعتبار التعبيرات المكتوبة على هذه الصورة تعبيرات غير قاطمة على وجود إرادة الإلتزام ، وهو لذلك يعتبرها تعبيرات كنائية ، يعمل فيها على الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة . جاء في البدائع : « وأما النوع الثاني فهو أن يكتب على قرطاس أو لوح أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه الخطابية » امرأته طالق » فيسأل عن نيته . فإن قال : نويت الطلاق ، وقع . وإن قال : لم أنو به الطلاق ، صدق في القضاء ، لأن الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكناية ، لأن الإنسان قد يكتب على هذا الوجه ، ويريد به الطلاق ، وقد يكتب لتجويد الخط ، فلا يحمل على الطلاق إلا بالنية^(٣) .

(٣) الكتابة المرسومة : يقصد بالكتابة المرسومة ، أى المعنونة ، ما كانت على وجه الرسالة والخطاب وذلك كأن يكتب إلى زوجته : يا فلانة أنت طالق . أو كأن يكتب الموجب إلى الموجب إليه : يا فلان إني اشتريت منك كذا بكذا . ويعمل الفقهاء عادة في هذا النوع من التعبيرات على الإرادة الظاهرة ، وسواء أجهت إرادة صاحبها إلى إحداث الأثر الشرعى أم لم تتجه ، ويستندون في هذا إلى أن توجيه هذه التعبيرات المرسومة يرفعها إلى مصاف الخطاب الذى لا شك في وجوب الإعتداد به . ويقول الكاسانى في هذا المعنى : « وإن كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل أن يكتب : أما بعد ، يا فلانة ، فأنت طالق . . . يقع به الطلاق ، ولو قال : ما أردت به الطلاق أصلاً ، لا يصدق . . . لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ،

(١) البدائع ، ٣ ، ص ١٠٩ ، س ١ .

(٢) فرق النكاح ، للأستاذ على الخفيف ، ص ١٠٤ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق .

ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب مرة ، وبالكتاب أخرى ، وبالرسول ثالثاً . وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب ، فدل أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب ، فصار كأنه خاطبها بالطلاق عند الحضرة ، فقال لها : أنت طالق . أو أرسل إليها رسولا بالطلاق عند الغيبة ، فإذا قال : ما أردت به الطلاق ، فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره ، فلا يصدق ^(١) » .

الفرع الثاني

الكتابة كأداة للتعبير في رأى الفقهاء

٢١٧ — ليس الفقهاء على اتفاق في مدى الإعتداد بالكتابة كأداة للتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامى بل منهم الموسّع على العاقد في استعماله لهذه الأداة ومنهم المضيّق . على أن إجماع الفقهاء قد انعقد على إبعاد الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة حالة التعاقد بين حاضرين في عقد النكاح .

المطلب الأول

الكتابة في العقود

§ ١ — التعاقد بين الحاضرين

٢١٨ — سلف أن أشرنا إلى أن الكتابة لا تصلح أداة للتعاقد بين حاضرين في عقد النكاح ونضيف هنا أن الباعث الذى حدا بالفقه الإسلامى إلى حرمان المتعاقدين الحاضرين من التعاقد بالكتابة في عقد النكاح هو التزامه السبيل الأجوط في تنظيمه لشرائط هذا العقد .

وهذا المسلك هو الذى دعا الفقهاء إلى إلزام المتناكحين القادرين على النطق باستعمال اللفظ ، الطريق الأمثل في نظرهم ، للتعبير عن الإرادة .

أما في غير النكاح فإن الفقهاء قد ذهبوا مذهبين في نظرهم إلى الكتابة ، فمنهم من اعتبرها نداءً للفظ ، فأجاز التعاقد بها مطلقاً ، وهم المالكية والحنابلة ، ويشير

(١) البدائع ، المرجع السابق .

صاحب الشرح الكبير إلى هذا الرأي بقوله : « وينعقد [العقد] بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما ، أو من أحدهما^(١) » .

ومنهم من اعتبر الكتابة وسيلة احتياطية ، تقوم مقام اللفظ إذا حال دونه عارض وهم الشافعية والأحناف . ويشير صاحب البحر الزخار إلى هذا الرأي المضيق بقوله : « قول للشافعي : تصح الكتابة في حق الغائب ، للعادة ، لا الحاضر^(٢) » .

§ ٢ — التعاقد بين الغائبين

٢١٩ — ثمة رأيان في الفقه الإسلامي في صدد التعاقد بين الغائبين بالمكتوبة : رأى مضيق بمنعه ، ورأى موسع يحيزه .

٢٢٠ — (١) **الرأي المضيق** : يذهب الرأي الأصح في المذهب الشافعي إلى منع التعاقد بين الغائبين بالكتابة . ويستند في منعه هذا إلى أن لا ضرورة تبيح العدول عن اللفظ كأداة مفضلة للتعبير عن الإرادة مادام الوكيل يستطيع أن يقوم بإبرام العقد لفظاً بالنيابة عن الموجب الأصيل الغائب .

ويقول الشيرازي في هذا المعنى : « وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة . ففيه وجهان : أحدهما ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة ، والثاني لا ينعقد ، وهو الصحيح . لأنه قادر على النطق ، فلا ينعقد البيع بنيره ، وقول القائل الأول أنه موضع ضرورة لا يصح ، لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول^(٣) » . وواضح من كلام الشيرازي أن القول المرجوح في المذهب الشافعي هو القول الذي يتفق مع الرأي الموسع الذي يقول به الجمهور . ويلاحظ هنا أن الفقيه الشافعي السبكي يقول بالرأي المرجوح . جاء في نهاية المحتاج للرملي : « والكتابة لا على مائع أو هواء كناية فينعقد بها البيع ، ولو لحاضر ، كما رجحه السبكي ، فليقبل فوراً عند علمه^(٤) » . وأشار البجيرمي إلى هذا الرأي بقوله : « ولو كتب إلى غائب ببيع أو غيره ، صح . ويشترط قبول المكتوب إليه عند وقوفه على الكتاب^(٥) » .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ج ٣ ، ص ٣ .

(٢) البحر الزخار ، ص ١٦١ . (٣) المهذب ، ج ١ ، ص ٢٥٧ .

(٤) نهاية المحتاج للرملي ، ج ٣ ، ص ٨ .

(٥) حاشية البجيرمي على المنهاج ، المرجع السابق .

(١٤ — التعبير عن الإرادة)

ونشير هنا إلى أن اتجاه الرأي الراجح في المذهب الشافعي إلى هجر الكتابة كأداة للتعبير يخفى وراءه كما سنرى ، في أكثر من موضع ، ولع هذا الفقه باللفظ ولعاً لم تضارعه فيه بقية المذاهب .

٢٢١ — **الاعتراف على الرأي المضيى** : فقد السرخسي في مبسوطه دعوى المانعين من التعاقد بالكتابة محتجاً بعمل الرسول في تبليغه الرسالة الإسلامية إذ يقول : « وكان الحسن بن علي رحمه الله تعالى يقول : لا ينعقد النكاح بالكتاب لمعظم خطر أمر النكاح ، وهذا فاسد . فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة بقوله تعالى « يأيتها الرسول بلِّغ » وقد بلغ تارة بالكتاب ، وتارة باللسان ، فإنه كتب إلى ملوك الآفاق يدعوهم إلى الدين ، وكان ذلك تبليغاً تاماً . فكذلك في عقد النكاح ، الكتاب بمنزلة الخطاب ^(١) » .

٢٢٢ — **(ب) الرأي الموسع** : يذهب الجمهور في الفقه الإسلامي إلى الاعتداد بالكتابة كأداة للتعبير عن الإرادة في التعاقد بين الغائبين ، ويستند في ذلك إلى القياس وإلى أدلة نقلية واعتبارات عملية .

أما القياس فتجده مبعوثاً في نصوص الفقهاء فقد جاء في المبسوط : « الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا ، فإن الكتاب له حروف ومفهوم ، يؤدي عن معنى معلوم ، فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر » وجاء في الهداية : « الكتاب كالخطاب » وجاء في الفتاوى الهندية : « الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر » وجاء في البدائع : « وأما الكتابة فهي أن يكتب رجل « أما بمد ، فقد بعث عبدي فلاناً منك بكذا » فبلغه الكتاب ، فقال في مجلسه اشتريت . لأن خطاب الغائب كتابه ، فكأنما حضر بنفسه ، وخاطب بالإيجاب ، وقبل الآخر في المجلس ^(٢) » . ^(٣) .

أما الأثر فقد أشار إليه صاحب المبسوط بقوله : « والأصل فيه أن النبي صلى

(١) المبسوط ، ج ٥ ، ص ١٥ ، س ٢٣ .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٨ .

(٣) وجاء في مرشد الحيران م ٢٥٢ : « كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطاباً ، يصح انعقاده بهما تحريراً أو مكتوبة » .

الله عليه وسلم كتب إلى النجاشي بخط أم حبيبة رضى الله عنها ، فزوجها النجاشي منه . وكان هو وليها بالسلطة . وروى أنه زوجها منه قبل أن يكتب ، به رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأجاز الرسول صلى الله عليه وسلم كتابه ، وكلاهما حجة لنا على أن النكاح تلحقه الإجازة ، وأن الخطبة بالكتاب تصح ^(١) .

وأما الإعتبارات العملية فقد أشار إليها صاحب المذهب بقوله : « وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة ، ففيه وجهان ، أحدهما ينعقد ، لأنه موضع ضرورة ^(٢) » .

٢٢٣ - فهو وصيتا عقد النكاح بالكتابة : ونشير هنا إلى أمرين انفرد بهما التعاقد بين غائبين بالكتابة في عقد النكاح لدى أنصار هذا الرأي الموسع .

أولها : إن الفقه الإسلامي ، إيماناً منه في الحرص على التعبير عن طريق اللفظ في عقد النكاح ، لم يسمح بالكتابة كوسيلة للتعبير فيه حال التعاقد بين الغائبين إلا في أحد شرطيه وهو الإيجاب فقط ؛ أما القبول ، فيخضع للقاعدة العامة وهي لفظية التعبير التعاقدية في عقد النكاح . وتدعم ما ذهبنا إليه بنصين فقهيين أحدهما من المبسوط وثانيهما من رد المحتار .

قال السرخسي ، بعد أن أورد دليلين على صحة انعقاد النكاح بالكتابة ، في النص الذي نقلناه آنفاً عن المبسوط : « وكلاهما حجة لنا على أن الخطبة بالكتاب تصح وهذا لأن الكتاب ممن نأى كالحطاب ، ممن دنى ^(٣) » .

وجاء في رد المحتار : « فلو كتب : تزوجتك : فكتبت : قبلت . لم ينعقد ، بحر . والأظهر أن يقول . فقالت : قبلت الخ . إذ الكتابة من الطرفين بلا قول لا تكفي ، ولو في الغيبة ، تأمل ! ^(٤) »

وبلاحظ أن النصين السالفين يشيران إلى جواز استعمال الكتابة في إيجاب النكاح دون قبوله . ونستطيع أن نقول في توجيه هذه الخصوصية أنه ما دامت العلة

هـ (١) المبسوط ، المرجع السابق .

(٢) المذهب ، ج ١ ، ص ٢٥٧ .

(٣) المبسوط ، المرجع السابق .

(٤) رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٢٧٢ ، ص ١٨ .

في إباحة الفقه الإسلامي الخروج عن القاعدة العامة المانعة للتعاقد بغير اللفظ في عقد النكاح ، وتجويزه الكتابة في الإيجاب لغائب ، هي بعد الوجه إليه التعبير ، فقد وجب أن تقدر الضرورة بقدرها ، وأن لا يسمح بهذه الكتابة في تعبير القابل لتخلف الضرورة التي اقتضت ذلك السماح . أضف إلى ذلك أن اشتراط سماع الشاهدين لتعبري الإيجاب والقبول يحتم لفظية هذا القبول بعد تلاوة الإيجاب .

أما عقد البيع الذي قبلت فيه نيابة الكتابة عن اللفظ في التعاقد بين الحاضرين في بعض المذاهب ، وقررت أصالتها في المذاهب الأخرى فيبدو الفقه الإسلامي في حالة التعاقد بين الغائبين كتابة أقل تشدداً منه في عقد النكاح ، ذلك لأن الكتابة جائزة في البيع في شطرى العقد^(١) .

وثانيهما ، إن مجلس العقد في حالة التعاقد بين الغائبين في النكاح ، لا ينحصر في ساعة وصول الكتاب كما هو الحال في عقد البيع ، بل يترأخى إلى وقت آخر ، يرى فيه الوجه إليه التعبير [أو الوجه إليها التعبير] أن يقبل [أو أن تقبل] العرض الموجود في الكتاب ولقد سبق أن أشرنا إلى هذه الخصوصية عند بحثنا في نظرية خيار الطريق^(٢) .

المطلب الثاني

الكتابة في التصرفات الأحادية

٢٧٤ - ليس الفقهاء على اتفاق في صدد صلوح الكتابة كأداة للتعبير في التصرفات الأحادية ، بل منهم المضيق ومنهم الموسع .

(١) راجع ما سبق ف ١٢٨ ، ص ١١٩ . ويلاحظ هنا أن الدكتور السهوري قد أشار إلى جواز انعقاد العقد بالكتابة من الجانبين دون أن يشير إلى ما انفرد به عقد النكاح من تجويز للكتابة في الإيجاب فحسب . جاء في كتابه مصادر الحق (ج ٢ ، ص ١٠١) . « ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين » ولقد كان من الممكن حمل كلمة العقد الواردة في هذا النص على عقد البيع — بالاستناد إلى ما ذكره المؤلف في تمهيد كتابه من أن بحثه ينحصر في الحقوق ذات القيمة المالية، وأنه لا يدخل في بحثه الحقوق المتعلقة بالأشخاص (المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١) — لولا أنه قد أعقب جملة السابقة بالاستثناء الذي خص به فقهاء الأحناف عقد النكاح فيما يتعلق بمجلس العقد والذي جاء فيه « أن العاقد الآخر إذا لم يجب في أول مجلس لبلوغ الكتاب ، فالكتاب باق ، بحيث إذا قرئ في مجلس ثان ، فقبل العاقد الآخر ، انعقد العقد » .

(٢) راجع ما سبق ، ف ١٥٠ ، ص ١٤٠ .

فإن ابن حزم مثلاً لا يرى إيقاع الطلاق بالكتابة . فمن كتب إلى امرأته بالطلاق فليس بشيء ؛ لأن اسم التطليق الوارد في الكتاب الكريم إنما يقع على اللفظ لا على الكتابة ^(١) .

وتجنح مذاهب الشيعة ، تبعاً لاشتراطها للإشهاد في الطلاق ، إلى التضييق على المطلق في استعمال الكتابة فالشيعة الجعفرية مثلاً يرون أن الطلاق لا يقع بالكتابة إلا إذا كان المطلق عاجزاً عن النطق سواء أكان حاضراً أو غائباً ^(٢) ويرى مذهب الزيدية عدم وقوع الطلاق بالكتابة غير المرسومة لعدم دلالتها على طلاق زوجة الكاتب إذا لا إضافة فيها ^(٣) .

وللشافعية وجهان في صدد صلوح الكتابة للتعبير عن الطلاق أحدهما مضيق يرى قصر استعمال الكتابة على طلاق الغائبة نظراً لتعذر استعمال اللفظ ، الأداة الأصلية للتعبير في هذه الحالة ، والآخر موسع يرى إيقاع الطلاق المكتوب وسواء أصدر من حاضر أو غائب ، كاللفظ ؛ ما دام التعبير في هاتين الحالتين معتبراً كناية .

وقد أشار صاحب البحر الزخار إلى الرأي المضيق واعترض عليه إذ يقول : « ويصح الطلاق بالكتابة لقيامها مقام اللفظ لاشتراكهما في الموضحة — أحد قولي الشافعي — لا ، حتى ينطق بما كتب ، كما لا تجزىء إشارة القادر على النطق . قلنا : أجراها صلى الله عليه وسلم مجرى الخطاب إذا كان يكتب إلى من بعد عنه ، فوجب امتثاله لخطابه . ثم هي حروف مترتبة منظومة ، فأشبه الكلام بخلاف الإشارة ... وهي كناية لا صريح لاحتمالها الحكاية ، وتجويد الخط ، فاعتبرت النية ^(٤) » .

أما الأحناف فلا يفرقون بين التعبيرات التعاقدية والتعبيرات الأحادية ففي كليهما يعتد بالتعبير الكتابي إذا كان مستبيناً أو مرسوماً ويعول على الإرادة الباطنة في الحالة الأولى والإرادة الظاهرة في الحالة الثانية .

(١) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ١٩٦ .

(٢) فرق النكاح للأستاذ على الحقيف ، ص ١٠٦ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٠٤ .

(٤) البحر الزخار ، ص ١٦١ .

جاء في البدائع : « وأما ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق ، فالكتابة المستبينة ، لأنها في الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ إلا أن فيها ضرب استتار وإيهام ، لأن الإنسان قد يكتب لإرادة العتق ، وقد يكتب لتجويد الخط ، فالتحقق بسائر الكفايات ، فافتقر إلى النية ^(١) » .

وجاء أيضاً : « وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهراً بالكتابة المستبينة ^(٢) » .

أما المالكية فقد كانوا أكثر المذاهب توسعاً في الاعتداد بالكتابة حتى أنهم أوقعوا الطلاق المكتوب بمجرد صدوره حتى ولو تخلفت فيه إرادة الأثر وإرادة الإعلام مادام هذا الكتاب قد وصل إلى المخاطبة به بعد ذلك .

ولعل هذا المذهب يقيم الطلاق في هذه الحالة على أساس الإرادة الظاهرة أو على أساس استقلال التعبير عن صاحبه ذلك لأنه لا يحفل بوجود إرادة الطلاق عند إصدار المطلق تعبيره ^(٣) .

جاء في فرق النكاح : « كما يقع كذلك إذا كتبه غير ناو للطلاق ، بل كتبه متردداً ، أو على أن يستشير فيه — إذا وصل إليها الكتاب بعد ذلك ، ولو بغير اختياره ، فإن لم يصل إليها فلا يقع وإذا لم تكن له نية أصلاً عند كتابته — اعتبر ناوياً له عند ابن رشد ، حملاً له على ذلك سداً للذريعة ، فيلزم الطلاق بمجرد كتابته ^(٤) » .

(١) البدائع ، ج ٤ ص ٥٣ ، س ٣٣ .

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ٢٣١ .

(٣) راجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ، ج ٢ ، ص ٣٨٤ . والمدوى على

الحرشي ، ج ٤ ، ص ٥٧ .

(٤) فرق النكاح للأستاذ على الحقيف ، ص ١٠٥ — ص ١٠٦ .

المبحث الثاني

الإشارة

٢٢٥ - أجمع الفقه الإسلامى على اعتبار الإشارة وسيلة أصلية للتعبير عن الإرادة لدى الآخرس . وهو فى إجماعه هذا قد سبق الشرائع الأخرى التى حرمتها من أهلية التعاقد^(١) على أن الفقهاء إذا انمقد إجماعهم على التمويل على إشارة الآخرس ، فهم فى موقفهم من الاعتداد بإشارة الناطق مختلفون . ونذكر فيما يلى عن :

(١) إشارة الآخرس . (٢) إشارة غير الآخرس .

الفرع الأول

إشارة الآخرس

٢٢٦ - صد الآخرس : الآفة النطقية فى عرف الفقهاء على مراتب ثلاثة ، فصاحبها إما أن يكون « مصمت » وهو الذى اعتقل لسانه لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم . وإما أن يكون « أعمى » وهو الذى يسمع ولا يتكلم . وإما أن يكون « آخرس » وهو الذى يجمع بين الصمم والمجمة . ويبدو أن هذه المراتب الثلاثة جميعاً مشمولة بالترخيص الذى أباح به الفقهاء للآخرس التعاقد بالإشارة . فقد جاء فى المنتزع المختار : « والبيع والشراء يصحان من المصمت ، وهو الذى اعتقل لسانه من الكلام لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم ، ويصحان من الآخرس ، وهو الذى يجمع بين الصمم والمجمة ، والأعمى الذى يسمع ولا يتكلم ، فتصح عقودهم كلها بالإشارة التى يفهم بها مراده . فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها^(٢) . »

ونعرض فيما يلى لحالتى الحرص الأصلى والحرص المعارض فتشكلم عن :

(١) إشارة الآخرس . (٢) إشارة المصمت .

(١) راجع كتاب المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ صبرى ، م ١٦٥ ، ص ١٣٥ ، حيث يشير المؤلف إلى أنه فى الشريعة الإسرائيلية « ليس للصم البكم ... أهلية التعاقد والتصرف » .

(٢) المنتزع المختار ، ج ٣ ، ص ٩ .

المطلب الأول

إشارة الآخرس

٢٢٧ — شرائط الإشارة : يشترط لصحة الإشارة نوعان من الشرائط :

عام وخاص .

أما الشريطة العامة فهي أن تكون الإشارة مفهومة . وقد أشارت كتب الأحناف والحنابلة إلى هذه الشريطة دون أن تحدد ضابطاً للإفهام الأمر الذي يستخلص منه أن هذه المذهب تشترط في الإشارة الصراحة ، وتأخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، ولا تعتبر لديها بالإرادة الباطنة لدى الآخرس إذا كانت إشارته غير مفهومة ، إذ هي لا تعقد بالإشارة الكنائية . جاء في البدائع : « يجوز بيع الآخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك ^(١) . » وفي الأشباه والنظائر : « ولا بد في إشارة الآخرس أن تكون مفهومة وإلا لا تعتبر ^(٢) . » وفي المغني : « وأما الآخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها . . . وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه ^(٣) . » وفي قواعد المجلة : « الإشارة الموهودة للآخرس كالبيان باللسان ^(٤) . »

أما المذهب الشافعي فقد عني بوجه خاص بتحديد ضابط للإفهام في إشارة الآخرس ، ومميزين إشارة صريحة يفهمها الفطن ، ويؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة . وإشارة كناية يفهمها الرجل الوسطى من الناس ، ويؤخذ فيها بالإرادة الباطنة . وقضى في حالة الإشارة الكناية — أن تقوم إشارة أخرى لاحقة تحدد المراد منها . ونورد فيما يلي نصوصاً من المذهب الشافعي توضح ما سبق :

جاء في نهاية المحتاج للرملي : « إن فهمها [الإشارة] كل أحد فصريحة ، أو الفطن وحده فكناية ، وحينئذ فيحتاج إلى إشارة أخرى ^(٥) . » وجاء أيضاً : « وينعقد نكاح الآخرس بإشارته التي لا يختص بفهمها الفطن ^(٦) . »

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٥ ، س ٣٠ .

(٢) الأشباه والنظائر ، ص ١٨٨ .

(٣) المغني ، ج ٧ ، ص ٤٣٠ ، س ٨ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية ، م ٧٠ .

(٥) نهاية المحتاج للرملي ، ج ٣ ، ص ١١ ، س ٧ .

(٦) المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ١٦٣ ، س ١٢ .

وفي الأشباه والنظائر للسيوطي : « إشارته [الأخرس] منقسمة إلى صريحة
مغنية عن النية ، وهي التي يفهم منها المقصود كل واقف عليها . وإلى كناية مفتقرة
إلى النية ، وهي التي يختص بفهم المقصود بها المخصوص بالفطنة والذكاء ^(١) . »

أما الشرائط الخاصة فتختلف حسب طبيعة التعبير :

فإذا كانت الإشارة تعبيراً تعاقدياً في عقد النكاح وجب أن تكون تعبيراً
مطلقاً ، ومفهوماً من الشاهدين . وإلى هذا أشار صاحب المغنى إذ يقول : « ولأن
النكاح عقد بين شخصين لا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ،
ولوفهم ذلك صاحبه العاقد معه ، لم يصح ، حتى يفهم الشهود أيضاً ، لأن الشهادة
شرط ، ولا يصح على ما لا يفهم ^(٢) . »

وإذا كانت الإشارة تعبيراً عن إرادة الطلاق وجب أن تكون مقرونة بصوت
من المطلق الآخرس .

جاء في فتح القدير : « ولا يخفى أن المراد بالإشارة التي يقع بها طلاقه ، الإشارة
المقرونة بتصويت منه ، لأن العادة منه في ذلك ، فكانت بياناً لما أجله الآخرس ^(٣) . »

٢٢٨ — صورغات الاعتداد بالإشارة : إذا عرفنا أن الأصل في التعبيرات

في الفقه الإسلامي أن تكون باللفظ ، فقد تمين علينا أن نجد تسويفاً لخروج الفقهاء
عن هذا الأصل واعتدادهم بالإشارة .

وننقل فيما يلي بعض النصوص الفقهية التي تشير إلى أن عامل الضرورة هو الذي
حدا بالفقهاء إلى قبول الإشارة من الآخرس على اعتبار أنها وسيلته الوحيدة
في التعبير ولا طاقة له بالتعبير بغيرها . وفي هذا يقول الرملي الشافعي : « وإشارة
الآخرس بالعقد كالنطق من غيره للضرورة ^(٤) . » ويقول ابن قدامة الحنبلي :
« فأما الآخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها ، لأنه معنى لا يستفاد

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٣٦٤ .

(٢) المغنى ، المرجع السابق .

(٣) الأشباه والنظائر للحموي ، ص ١٨٨ .

(٤) نهاية المحتاج ، ج ٣ ، ص ١١ ، س ٧ .

إلا من جهة واحدة ، فصح بإشارته كبيمه وطلاقه ونمائه^(١) . »

ويقول الخطاب المالكي : « إنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها^(٢) . »
وأخيراً يقول الكاساني الحنفي : « وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ...
لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته^(٣) . »

٢٢٩ — قيمة إرشاده بالنسبة للكتابين : إن مسألة الموازنة بين الكتابة والإشارة من حيث قوتهاما التعبيرية تبرز عندما يكون الأخرس قادراً على الكتابة . فبأيهما يجب أن نعتد في هذه الحالة ؟ ثمة رأيان في الفقه الإسلامي : رأى يذهب إلى المساواة بين الكتابة والإشارة ، وآخر يذهب إلى رجحان الأولى على الثانية . وقد قال بالرأى الأول الزيدية والشيعة الإمامية والشافعية والمالكية والحنابلة^(٤) والرأى المعتمد لدى الحنفية . وهو يتفق مع ما جاء في الجامع الصغير . ومقتضى هذا الرأى أن الأخرس الكاتب يخير في إنشاء عقده ، إن شاء عقده بالإشارة ، وإن شاء عقده بالكتابة ، ذلك لأن المناط هو الإفهام وكلاهما مُفْهِم . ففي نهاية المحتاج : « وينعقد نكاح الأخرس بإشارته التي لا يختص بفهمها الفطن ، وكذا بكتابتته^(٥) . » وفي الأشباه والنظائر : « كتابة الأخرس كإشارته ، واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة ، أولاً ، والمعتمد لا ، ولذا ذكره في الكنز بأو^(٦) » .

أما الرأى الثانى فقد قال به الإمام محمد في الأصل ، واتجهت القوانين الحديثة إلى الأخذ به ومؤداه أن الأخرس يمنع من التعبير عن إرادته بالإشارة إذا كان يعرف الكتابة ، ذلك لأن الكتابة أبين وأدل وأبعد عن الاحتمال ، فلا تترك إلى إشارة لا يفهمها كثير من الناس ، ولا تخلو عن إحتمال^(٧) . وبهذا الرأى أخذ قانون الأحوال الشخصية

(١) المغنى . المرجع السابق .

(٢) شرح الخطاب ، ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق .

(٤) فرق النكاح الأستاذ على الحفيف ، ص ١٠٧ .

(٥) نهاية المحتاج ، ج ٥ ، ص ١٦٣ ، س ١٢ .

(٦) الأشباه والنظائر ، ص ١٨٨ .

(٨) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الحفيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، ص ٢٢٤ .

السورى فقد جاء فيه : « يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة ، إن كان يكتب ، وإلا فبإشارته المعلومه ^(١) » وجاء أيضاً : « يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومه ^(٢) . » ^(٣)

ونحن نميل إلى ترجيح رأى الأحناف الأخير ونرى أن ذهب الرأى المعتمد فى هذا المذهب إلى التسوية بين الكتابة والإشارة يتعارض مع إشار الكتابة على الإشارة فى معرض الأيمان ، وإلحاق صفة الخبر بالأولى دون الثانية . فى البدائع : « حلف لا يخبر فلاناً بـمكان فلان ، لا يحث إلا بالكلام ، أو بالكتاب أو بالرسالة . ولو أو ما برأسه ، لا يحث ^(٤) . » وبين من هذا النص أن الأحناف جعلوا الكتابة فى مصاف الكلام سيد التعبيرات وإذا ثبت ذلك أفلا يتعارض موقفهم هذا مع اعتبارهم الإشارة مساوية للكتابة فى مجال إنشاء التصرفات ؟ ! . . .

الطلب الثانى

إشارة المصمت

٢٣٠ — المصمت هو الذى اعتقل لسانه لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم . ويشترط الرأى الفقهى الراجح لصحة إشارته توافر شرطين :
(١) أن تكون مفهومة . (٢) أن تدوم عقله لسانه حتى الموت .
فإذا ما تحقق هذان الشرطان انعدت تصرفاته بإشارته التى اعتادها فى التعبير عن إرادته موقوفة إلى حين وفاته ، فإذا مات على عقلته ، نفذت مستندة إلى تاريخ صدورهما .

على أن ثمة رأيين فقهيين جنحا إلى التخفيف من شدة الشريطة الأخيرة

(١) راجع المادة ١٠ من ق . أ . ش . س .

(٢) راجع المادة ٨٧ من ق . أ . ش . س .

(٣) انظر أيضاً لأئمة المحاكم الشرعية فى الإقليم الجنوى حيث نصت المادة ١٢٨ على أن : « إقرار الأخرس يكون بإشارته المهودة ولا يستبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » وانظر المادة ١٣١ من قانون البينات السورى حيث نصت على أنه : « يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله إشارته المهودة إن كان لا يعرف الكتابة ، فإن كان يعرفها خلفه ونكوله بها » .

(٤) البدائع ج ٣ ، ص ٥٤ ، س ١ .

فذهب أولهما إلى الاكتفاء بوقف تصرفات المصمت إلى حين وقوع اليأس من شفائه . وذهب ثانيهما إلى وقفها مدة سنة يصبح بعدها المصمت كالأخرس الأصلي ، وتقبل إشارته المهدودة ، ويكون لها نفاذ فوري .

وقد أشار الكاساني إلى الرأي الأول بقوله : « لا يجوز بيع الأخرس ، وشراؤه . هذا إذا كان الخرس أصلياً ، بأن ولد أخرس ، فأما إذا كان عارضاً ، بأن طرأ عليه الخرس ، فلا ؛ إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة ؛ فيلحق بالأخرس الأصلي ^(١) . »

وأشار صاحب الأشباه والنظائر إلى الرأيين الآخرين بقوله : « وأما إشارة غير الأخرس فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف ، والفتوى على أنه ما دامت العقلة إلى الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه ، ومنهم من قدر الامتداد بسنة ، وهو ضعيف ^(٢) . »

ونحن نميل إلى تقوية الرأي الأخير المرجوح لأنه أدفع للخرج وأدعى إلى استقرار التعامل ذلك لأنه مما ينبو عن هذا الاستقرار أن تظل تصرفات المصمت قلقة موقوفة حتى ولو دامت عقلته إلى حين قد يطول أمده .

ونشير هنا إلى أنه في الحالة التي يتعذر فيها على المصمت التعبير بإشارة مفهومة . يقوم وليه مقامه في إنشاء تصرفاته . جاء في المغني في هذا الصدد : « وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه ، فإن لم تفهم إشارته ، أو جن أو أغمى عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي ^(٣) : »

ويلاحظ أن تخلف شريطة الإفهام في إشارة المصمت هي أكثر وقوعاً في العمل من تخلف شريطة الإفهام في إشارة الأخرس خلقة الذي ولد مثوقاً بهذه الآفة . ولعل مرد ذلك أن الأخرس الأصلي ينشأ على فقدان حاسة النطق فتدعوه حاجاته المعاشية المباشرة إلى اكتساب المران والقدرة على الإفهام عن طريق الإشارة

(١) البدائع . ج ٥ ، ص ١٣٥ ، س ٣٠ .

(٢) الأشباه والنظائر ، ١٨٨ .

(٣) المغني ، ج ٤ ص ٩ ، س ٩ .

باعتبارها المنفذ الوحيد الذي يستطيع أن يعبر به عن إرادته . وهذه العوامل التي تسهم في جعل إشارة الأخرس الأصلية مفهومة قلما تتوافر في حالة المصمت ذي العقلة الطارئة الذي ينتقل بآفته إلى عالم جديد من الإشارات وأنماط غريبة عنه في التعبيرات لم يكن يألفها من قبل وقلما يحسن التلاؤم معها بسهولة ليصل إلى إفهام الناس^(١) .

الفرع الثاني

إشارة غير الأخرس

٢٣١ — ثمة رأيان في الفقه الإسلامي في صدد الإعتداد بإشارة غير الأخرس كوسيلة للتعبير عن الإرادة : رأى موسع يعتمدها ، ويقول به المالكية والحنابلة^(٢) . ورأى مضيق يهملها ، ويقول به الأحناف والشافعية . ونقتصر فيما يلي على دراسة هذين الرأيين في المذهبين المالكي والحنفي .

-
- (١) ولاحظ هنا أن الفقهاء ، إذ أجازوا للأخرس أن يتعاقد بإشارته ، فهم قد أعفوه من أداء الشهادة ، باعتبار أن إشارته قاصرة عن هذا الأداء . ويرجع الفقهاء عادة هذا القصور إلى أن انتمهاده تعبير شكلي في الفقه الإسلامي يجب أن يؤدي في قالب معين ، وهو لفظ أشهد . جاء في البدائع (ج ٦ ، ص ٢٦٨ ، س ١٠) « ومنها النطق فلا تقبل شهادة الأخرس ، لأن مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ، ولا عبارة للأخرس أصلا ، فلا شهادة له » .
- هذا وقد أخذ القانون المدني العراقي بمبدأ قبول شهادة الأخرس جاء في مادته ٤٩٥ : « يجوز قبول شهادة الأخرس والأعمى » وجاء في المادة ٨٣ من قانون البنات السوري « أن من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة » .
- (٢) يبدو أن المذهب الحنبلي هو في جانب الرأي الموسع الذي يأخذ به المالكية ، يدل على ذلك اعتباره الإشارة كلاما . جاء في رد المحتار (ج ٣ ، ص ١٤٢ ، س ٦) : « الكلام والتحديث لا يكون إلا باللسان . فلا بحث بإشارة وكتابة ، وكذا بإرسال رسول ، لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً خلافاً للمالك وأحمد رحمهما الله تعالى ، استدلالاً بقوله تعالى : ما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً — إلى قوله — أو يرسل رسولا » . ولعل أوضح نص يشير إلى إعتداد الحنابلة بالإشارة ما جاء على لسان ابن القيم في إعلام الموقعين حيث يقول (ج ١ ، ص ١٨٩) : « فن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها ، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان ، عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة أو كتابة . . . » أنظر أيضاً في هذا المعنى الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور ، فـ ٥٣٤ ، ص ٣٨٣ .

المطلب الأول

إشارة غير الأخرس في المذهب المالكي

٢٣٢ - يمتد المذهب المالكي - نصير الرضائية في الفقه الإسلامي - بإشارة غير الأخرس كوسيلة للتعبير عن الإرادة عملاً بالقاعدة المقررة لديه وهي : « أن العقد ينمقد بما يدل على الرضا^(١) . » ولعلنا لانجد لهذه القاعدة مثيلاً في المذهبين الحنفي والشافعي اللذين ضيقا على غير الأخرس ولم يسمحا له بالتمتعّد بالإشارة ، ذلك لأن القاعدة في هذين المذهبين هي : أن التصرف ينشأ باللفظ^(٢) ولئن فسرت القاعدتان السابقتان الخلاف القائم بين الرأي الموسع والرأي المضيق في سدد الإعتداد بإشارة غير الأخرس ، فهما في نفس الوقت تفسران لنا الخلاف الذي رأيناه سابقاً بين المذهب المالكي وغيره من المذاهب في سدد الإعتداد بالكتابة كوسيلة للتعبير بين حاضرين .

هذا ولقد بلغ من تعويل المالكية على الإشارة كوسيلة للتعبير أنهم اعتبروها في مصاف اللفظ وجعلوها تعلو على التعاطي . فقد جاء في شرح الخطاب : « كل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول ، لزّم به البيع ، وسائر العقود . » وجاء أيضاً : « والإشارة أولى بالجواز من المعاطاة ، لأنها يطلق عليها أنها كلام . قال الله تعالى : « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا » . والرمز الإشارة^(٣) . »

(١) سنرى عند بحثنا للتعاطي الأدلة النقلية والعرفية التي يستند إليها المالكية في تقرير مبدأ الرضائية .

(٢) جاء في المبسوط (ج ١٢ ، ص ١٠٨ س ٢٣) . « وانعقاد هذا العقد بلفظين هما عبارة عن الماضي . وجاء في مجمع الأنهر (ج ٢ ، ص ٢ ، س ٢١) : « وينمقد بإيجاب وقبول بلفظ الماضي . وجاء في الهداية (فتح ، ج ٥ ، ص ٧٥) : « والبيع ينمقد بإيجاب وقبول إذا كانا بلفظ الماضي . وجاء في الكنز (ج ٤ ، ص ٣ ، س ٢) : « ويلزم بإيجاب وقبول » . وجاء في ابن عابدين (ج ٤ ، ص ١٣) : « وهما عبارة عن كل لفظين ينبثقان عن معنى الملك والتملك » . يقول النجفي من علماء الشيعة (في باب العقود ، ص ٢) : « والعقد شرعاً قول من المتعاقدين » . (٣) شرح الخطاب ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ .

المطلب الثاني

إشارة غير الأخرس في المذهب الحنفي

٢٣٣ — ذهب الأحناف إلى أن إشارة غير الأخرس ليست بمنزلة إشارة الأخرس من حيث قدرتها على إنشاء التصرفات فقد جاء في رد المحتار: « إن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر . » وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم : « وإن لم يكن معتقل اللسان لا تعتبر إشارته . »^(١) ونبحث فيما يلي :

(١) مسوغات رفض الإشارة (٢) تقدير موقف الأحناف .

§ ١ — مسوغات رفض الإشارة

٢٣٤ — يقرر الأحناف عادة عند بحثهم لصيغة العقود رفض إشارة غير الأخرس لإنشاء التصرفات دون بيان للأسباب التي تدعوهم إلى هذا الرفض . على أننا إذا رجعنا إلى التعليقات التي يأتون بها عادة لرفض الإشارة كسبب للحنث في باب الأيمان تبين لنا أن الملة الحقيقية لرفض الإشارة كوسيلة للتعبير هي خروجها عن حد الكلام .

ونورد فيما يلي النصوص الفقهية التي تؤكد نزع صفة الكلام عن الإشارة :

جاء في البدائع : « ألا ترى أنهم قالوا أقسام الكلام أربعة : أمر ونهى وخبر واستخبار . ويحمد بأنه كلام عرى عن معنى التكليف والإشارة ليست بكلام^(٢) . » وجاء أيضاً : « إن الكلام العرفي أسم لحروف منظومة تدل على معنى مفهوم ، وذلك لا يوجد في الإشارة^(٣) . » وجاء أيضاً : « ولو حلف لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه ، فكتب أو أشار ، لا يحنث . لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام . وإنما يقوم مقامه . ألا ترى أن الله تعالى « أنزل إلينا كتاباً » ولا يقال أن الله تعالى في العرف « كلنا » فإن سئل عنه . فقال : نعم . فقد تكلم . لأن قوله : نعم ، لا يستقل

(١) انظر في الفقه الزيدى المنترج المختار (ج ٣، ص ٩) : « وأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها . »

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ٥٤ :

(٣) المرجع السابق ، ج ٥٥ ، ص ٢ .

بنفسه ، ويضمّر في السؤال . كما في قوله تعالى : فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم ، أى وجدنا ما وعد ربنا حقاً ، فقد أتى بكلام دال على المراد^(١) . «

ويشير الكسانى في مكان آخر إلى أن وظيفة الإشارة مقصورة على الإعلام وأنها ليست بخبر لأنها ليست بكلام :

جاء في البدائع : « حلف : لا يخبر فلاناً بـ كان فلان . لا يحث إلا بالكلام أو بالكتابة أو بالرسالة ولو أوماً برأسه لا يحث . وكذا لو ذهب به حتى أوقفه على رأس فلان ، لا يحث ، لأن شرط الحث هو الإخبار والإشارة ليست بخبر ، وكذا الإيقاف على رأسه ، إذ الخبر من أقسام الكلام . ألا ترى أنهم قالوا أقسام الكلام أربعة : أمر ونهى وخبر . . . والإشارة ليست بكلام فلم تكن خبراً . والإيقاف على رأسه من باب الإعلام لا من باب الخبر ، وكل خبر إعلام ، وليس كل إعلام خبراً .

والدليل عليه : أن الكتاب إذا قرئ على إنسان وقيل له : أهو كما كتب فيه ؟ فأشار برأسه أى نعم ، لا يصير مقراً . وكل إقرار إخبار وكذا لو حلف : لا يقر فلان بمال فقيل له : أالفلان عليك ألف درهم . فأشار برأسه أى نعم ، لا يكون ذلك منه إقراراً^(٢) . «

والخلاصة : إن الأصل في هذا الرأي المضيق أن الكلام هو الأداة التي تصلح لإبرام التصرفات لأنها قادرة على الإخبار عن الإرادة ، ولما كانت الإشارة ليست بكلام ، فهي إذن لا تصلح لهذا الإخبار وهي من ثم ، وسيلة غير صالحة للتعبير عن الإرادة^(٣) .

§ ٢ — تقدير موقف الأحناف

٢٣٥ — لقد رأينا الأحناف يسوغون رفضهم الإشارة بأنها ليست بكلام . وأن هذا السبب هو الذي حدا بهم إلى اعتبار إشارة الناطق غير كافية لحث الخالف بعدم الكلام أو الإخبار ، وحتى لو توافر قصده إليهما .

(١) المرجع السابق ، ص ٥٤ ، س ٣٠

(٢) المرجع السابق ، س ١

(٣) سنرى أن الأحناف قد خرجوا عن هذا الأصل في قبولهم التعاطى وسيلة للتعبير عن الإرادة . أما الشافعية فقد التزموه ، ورفضوا التعاطى كوسيلة للتعبير لأنه ليس بكلام .

ولكن ! هل خلت الإشارة لديهم من كل معنى ، وهل هي عدم لا يعتقد به في كل الظروف ؟ الواقع أن رفض الأحناف للإشارة لم يكن مطلقاً .

وتشهد النصوص أنهم اعتدوا بها في أكثر من موضع ، فلنحاول إذن أن تبين مدى هذا الاعتداد ، ومدى إمكان تطويره ، والسبب الفعّال في هذا التطوير .

(١) مدى اعتداد الأحناف بالإشارة

٢٣٦ — لم نخل الإشارة من دلالة لدى الأحناف فهم : (١) قد اعتبروها مرجحة على الوصف . (٢) وأسندوا إليها معنى الإعلام والإظهار . (٣) وأنزلوها منزلة الكلام إذا تعلقت بها العبارة . (٤) واعتبروها أخيراً أداة للتعبير في بعض الحالات الاستثنائية . ونورد فيما يلي النصوص التي تشهد بهذا الاعتداد :

(١) ترميم الإشارة على الوصف : جاء في الهداية في هذا الصدد :

« الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقيد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه ، إذا عرفت ذلك فاعلم أن زيداً وعمراً جنس واحد من حيث الذات . وإن اختلفا من حيث الأوصاف والشخصات ، لأن الملحوظ إليه في العلم هو الذات . ففي قوله « نويت الاقتداء بهذا الإمام الذي هو زيد » فظهر أن المشار إليه عمرو ، يكون قد اختلف المسمى والمشار إليه . فلغت التسمية وبقيت الإشارة معتبرة ، لكونهما من جنس واحد . فصح الاقتداء (١) . »

وجاء في ابن عابدين : « إن تعريف الإشارة الحسية أقوى من التسمية ، لما في التسمية من الاشتراك العارض ، فتلغو التسمية عندها (٢) . »

(٢) الإشارة إعلام وإظهار : وهم أعطوها معنى الإعلام والإظهار . فقد جاء في البدائع :

« إذا حلف لأظهر شرك لفلان . فكلم فلاناً بسرّه ، أو كتب إليه

(١) ابن عابدين ج ١ ، ص ١٩٨ .

(٢) ابن عابدين ، ج ٢ ص ٢٨٢ .

فبلغه الكتاب ، أو أرسل إليه رسولاً فبلغه الرسالة ، أو سأله فلان عن ذلك وقال : « أكان من الأمر كذا ؟ » فأشار الخالف برأسه . أى نعم . فهو حاث . لوجود شرط الحث . وهو إظهار السر لأن الإظهار إثبات الظهور ، وذلك لا يقف على العبارة ، بل يحصل بالدلالة والإشارة . ألا ترى أنه يقال : ظهر لى اعتقاد فلان . إذا فعل ما يدل على اعتقاده . وكذا الإشارة بالرأس عقيب السؤال ، يثبت به ظهور المشار إليه ، فكان إظهاراً .

وكذا لو حلف لا يعلم فلاناً بمكان فلان . فسأله المحلوف عليه « أفلان فى موضع كذا . وكذا ؟ » فأوماً برأسه أى نعم . يحث لوجود شرط الحث ، وهو الإعلام إذ هو إثبات العلم الذى يحد بأنه صفة يتجلى بها المذكور لمن قامت هى به ^(١) . وجاء فى رد المحتار : « والإظهار والإفشاء والإعلام يكون بالكتابة والإشارة ^(٢) »

(٣) الإشارة تنزل منزلة الكلام إذا تعلقت بها العبارة : وهم رفعوا الإشارة إلى معناه الكلام متى تعلقت بها العبارة فى البدائع : « الصريح البائن إذا كان مقروناً بعدد الثلاث نصاً . وكذا إذا أشار إلى عدد الثلاث . بأن قال لها : « أنت طالق هكذا » يشير بالإبهام والسبابة والوسطى . وإن أشار بأصبع واحدة فهى واحدة يملك الزجعة . وإن أشار باثنين فهى اثنتان . لأن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام . والدليل عليه العرف والشرع أيضاً . أما العرف فظاهر . وأما الشرع : فقول النبى صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وأشار صلى الله عليه وسلم بأصابع يديه كلها فكان بياناً أن الشهر يكون ثلاثين يوماً . ثم قال صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وحبس إبهامه فى المرة الثالثة فكان بياناً أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً . وإذا قامت الإشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كأنه قال : « أنت طالق ثلاثاً » والمتبر فى الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة ^(٣) » ^(٤) .

(١) البدائع ج ٣ ، ص ٥٣ ، س ٢٦ . (٢) ابن عابدين ، ج ٣ ، ص ١٤٢ .

(٣) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٩ ، س ٣١ .

(٤) راجع م ٩٢ من قانون الأحوال الشخصية السورى حيث نصت على أن « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً » .

(٤) حالات استثنائية : وأخيراً فقد اعتد أصحاب هذا الرأى بالإشارة اعتداداً

كاملاً في حالات أربع، فقد جاء في رد المحتار : « وإن لم يكن معتقلاً اللسان ، لم تعتبر إشارته إلا في أربع : الكفر والإسلام والنسب والإفتاء » وجاء في جامع الفصولين : « صبي بيد رجل ، فقل له : أهذا أبوك ؟ فأوماً برأسه أى نعم ، يثبت نسبه بذلك^(١) »^(٢) .

(ب) تطوير الإعتداد بالإشارة

٢٣٧ — يستخلص من النصوص السابقة أن رفض الفقه الحنفى لإشارة غير الأخرس لم يكن مطلقاً ، وأن هذا الفقه كان يسير في تطوره نحو الإعتداد بها كوسيلة للتعبير من غير الأخرس . فقد رجح فقهاؤه كما رأينا الإشارة على الوصف الملفوظ ، وهذا هو أدنى درجات التمويل عليها . ثم رأيناهم يتقدمون خطوة ، فيعتبرون الإشارة وسيلة لإظهار الأسرار وإعلام الغير بها في باب الأيمان . ووجدناهم أيضاً يرفعونها إلى منزلة الكلام إذا ما تعلق بها العبارة . وأخيراً وجدناهم يعمدون بها حتى ولو لم تتعلق بها العبارة ، كما هو الحال في الاستثناءات الأربع . ونحن نرى في هذه الأدوار التي أسندها الأحناف للإشارة سنداً قوياً لتطوير رأيهم الضيق ، وأخذ من ثم بالإشارة كوسيلة للتعبير عن الإرادة من الناطق . ولن يعمقنا في ذلك إخراج الإشارة عن وصف الكلام ، الأداة الرئيسية لانعقاد العقود ، ذلك لأن هذا الفقه قد خرج عن أصله هذا في أكثر من موضع . خرج عنه في التعاطى ، وخرج عنه في دلالة الحال ، وخرج عنه في السكوت واعتد بها جميعاً كوسائل للتعبير ، على أن الإشارة ليست في واقع الأمر بأقل دلالة من هذه الوسائل . فلقد رأينا الرأى الموسع يجعلها تملو على التعاطى من حيث قوة الدلالة . فما من داع إذن لتخلفها عن هذه الوسائل لمجرد أنها ليست بكلام ، مادامت تؤدي وظائفه وباعتراف الأحناف أنفسهم . إذ لا وجه للفرقة في نظرنا بين قبول إشارة الرأس الممودية كدليل على الإظهار في قولهم : « لو حلف لإظهار سرك لفلان . فسأله فلان عن ذلك وقال : أكان من الأمر كذا ؟ فأشار

(١) ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٩ .

(٢) أنظر أحكام المعاملات الشرعية . للأستاذ الشيخ على الخفيف ، ص ١٥٤ .

الحالف برأسه : أى نعم . فهو حاث ... لأن الإظهار ... يحصل بالإشارة^(١) »
ورفض الأحناف لاعتبار إشارة الرأس العمودية إجازة بمد قول المستأذن : هل
أذنت لى فى الإجازة؟^(٢) ذلك لأن هذه الإشارة يثبت بها ظهور المراد بالمشار إليه
تماماً كما هو الحال فى المثال السابق ؛ سيما وأنها وردت بمد تعبير استحاثى من
المستأذن . شأنها فى ذلك شأن الإشارة المقبولة فى الحلف والتى جاءت عقيب السؤال
كما يقول الكاسانى .

ولا وجه للفرقة بين قبول إشارة الرأس العمودية كدليل على الإعلام فى قولهم :
« وكذا لو حلف لا يعلم فلاناً بكذا » ، فسأله المحلوف عليه : أفلان فى موضع كذا
وكذا ؟ فأوماً برأسه . أى نعم ، بحث . لوجود شرط الحث وهو الإعلام^(٣) .
وبين رفضهم للإشارة كدليل على الإقرار فى قولهم « ولو حلف لا يقر فلان بكذا »
فقليل له : أفلان عليك ألف درهم ؟ فأشار برأسه : أى نعم . لا يكون ذلك منه
إقراراً^(٤) .

ولا وجه للفرقة فى نظرنا بين قبول السكوت ، إذا كان فى معرض الحاجة ،
واعتباره بياناً ، وبين رفض الفقهاء للإشارة كدليل على الإقرار فى المثال السابق .
إننا نرى أن قبول إشارة الرأس فى هذه الحالة هو مقبول عقلاً أكثر من قبول
السكوت الملبس ، ذلك لأن الإشارة الملبسة هنا هى أقرب إلى الإيجابية ، بينما
السكوت الملبس هناك هو أقرب إلى السلبية .

وأخيراً لا وجه للفرقة بين رفض الفقهاء لانعقاد العقد بالإشارة ، وقبولهم
لانعقاده بدلالة الحال . كما لو ترك إنسان متاعه بين يدى شخص آخر وذهب . وذلك

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ٥٣ .

(٢) جاء فى رد المحتار (ج ٤ ، ص ٩ ، س ٣١) : « ظاهر قوله عن لفظين أنه لا انعقاد
بالإشارة بالرأس ، ويدل عليه ما فى الحاوى الزاهدى فى فصل البيع الموقوف . فضولى باع مال غيره ،
فبلغه ، فسكت متأملاً . فقال ثالث : هل أذنت لى فى الإجازة ؟ فقال : نعم ، فأجازته ، ينفذ .
ولو حرك رأسه ب : نعم ، فلا » .

(٣) البدائع ، ج ٣ ، ص ٥٣ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٥٤ .

الآخر ساكت ، لم ينهه ، ولم يتنصل من حفظه ، فينمقد عقد الإيداع بينهما بدلالة الحال ، ويصير الشخص الموضوع أمامه وديماً ملزماً بالحفظ .

وكما لو دخل إنسان خاناً مثلاً فسأل صاحبه : أين أربط دابتي ؟ فأراه محلاً فربطها فيه . وذهب انمقد الإيداع دلالة ، وأصبح صاحب الخان ملزماً بحفظ الدابة ، ومستولاً عن الإخلال بالتزامه بهذا الحفظ .

(ج) السبب الفعال في الاعتداد بالإشارة

٢٣٨ — بقي أن نقول إن مرد قبول الأحناف للسكوت الملابس ودلالة الحال وبالتماطى كوسائل لإبرام التصرفات ورفضهم الإشارة كوسيلة لهذا الإبرام ، رغم خروجها جميعاً عن الأصل المقرر لديهم — وهو لفظية التعبير — يعود في نظرنا أولاً وأخيراً إلى **العرف** . وإلى هذا العرف نفسه يعود إثبات الأحناف للإشارة كوسيلة للإظهار في باب الأيمان ، ونفهم لها كوسيلة لإظهار الإرادة في المجالات الأخرى . يشهد على ذلك ما ذكره صاحب رد المحتار في تسويغه نبذ العمل بالإشارة إذ يقول : « الكلام . . . لا يكون إلا باللسان فلا يحث بإشارة . . . لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً^(١) » . وما ذكره صاحب البدائع في تسويغه الأخذ بالإشارة إذ يقول : « إن الإشارة متى تعلقت بها العبارة ، نزلت منزلة الكلام ، لحصول ما وضع الكلام بها ، وهو الإعلام ، والدليل عليه العرف^(٢) » . وإذا ثبت ذلك ، فما من داع في نظرنا لترك العمل بالإشارة ، إذا ما اقتضى العرف ذلك . وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي في المادة ٧٩ التي تنص على أنه : « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالكتابة والإشارة الشائعة الإستعمال ولو من غير الأخرس . . . »^(٣) .

(١) رد المحتار ، ج ٣ ، ص ١٤٢ ، س ٦ .

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ١١٠ .

(٣) وهذا ما أخذ به أيضاً القانونى المدنى السورى فى المادة ٩٣ (٩٠ مصرى) التى تنص على

أن : « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً . . . »

المبحث الثالث

اتخاذ أى موقف يدل على الرضا

٢٣٩ - نبحث فيما يلي التعبير بالأفعال بوجه علم ، ثم التماطى فى العقود ، وأخيراً السكوت .

الفرع الأول

الأفعال

٢٤٠ - سبق أن أشرنا إلى أن الأصل فى التعبيرات فى الفقه الإسلامى أن تكون باللفظ . ويستتبع ذلك ، كما هو واضح ، أن يكون التعبير بالفعل خروجاً عن هذا الأصل . ولقد سبق أن رأينا عند بحثنا لصلة الإعلام المنشىء بالتعبيرات الضمنية ضرباً من هذه التعبيرات فى الفسخ الحكيم والعزل الحكيم^(١) . ونشير هنا إلى أن الشارع قد يحتم أحياناً فى بعض التعبيرات الهامة أن تكون باللفظ كحالة العارية التى أوجب الفقهاء أن يكون الإيجاب فيها لفظاً لا فعلاً فى تنوير الأبصار : « العارية تمليك المنافع مجاناً » وجاء فى شرحه بالدر المختار : « أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلاً » . وجاء فى حاشية رد المختار : « قوله ولو فعلاً أى كالتماطى ، كما فى القهستانى ، وهذا مبالغة على القبول ، وأما الإيجاب فلا يصح به . وأما القبول من المستعير ، أى القبول صريحاً ، غير شرط بخلاف الإيجاب^(٢) . »

ويلاحظ أن التعبير بالفعل قد يكون صريحاً يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، وقد يكون كناية يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة ، فركوب الدابة مثلاً هو تعبير عن الإرادة يفيد إجازة العقد إذا صدر من العاقد صاحب خيار الشرط أو خيار العيب ، ولئن كان مؤدى هذا التعبير واحداً ، وهو إجازة العقد فى الحالين ، فهو يحمل صفتين متغايرتين فهما فهو فى الأول تعبير كناية يفتقر إلى النية ، بينما هو فى الثانى تعبير صريح لا يفتقر

(١) راجع ما سبق ، ف ١٦٨ ، ص ١٦٥ - ١٦٦ .

(٢) رد المختار ، ج ٤ ، ص ٥٢٤ .

إلى النية . وبيان ذلك أن ركوب المشتري للدابة بعد علمه بميبتها يعتبر إجازة صريحة للعيب وفسخاً للخيار ، ولا ينظر في هذا الركوب إلى نية المشتري . وهل ركبتها لحاجة نفسه ، فيسكون ذلك فسخاً للخيار ، أم ركبتها لينظر إلى سيرها ، فلا يكون ذلك فسخاً له . بخلاف الركوب في خيار الشرط ، حيث ينظر فيه إلى نية الرأكب ، فإن قصد الركوب لحاجة نفسه ، كان ذلك فسخاً للخيار . وإن قصد الركوب للتجربة ، لم يكن ذلك فسخاً له .

ففي البدائع : « ولو كان المبيع دابة ، فإن ركبتها لحاجة نفسه ، كان إجازة ، وإن ركبتها ليسقيها ، أو يشتري لها علفاً ، أو ليردها على بائعها ، فالقياس أن يكون إجازة ، لأنه يمكنه أن يفعل ذلك قوداً ، وفي الاستحسان لا يكون إجازة ، وهو على خياره ؛ لأن ذلك مما لا بد منه ، خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة ، لا تنقاد بالقود ، فكان ذلك من ضرورات الرد ، فلا يجعل إجازة .

ولو ركبتها لينظر إلى سيرها ، لا يبطل خياره ، لأنه لا بد له من ذلك للاختبار . بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبتها ، بعد ما علم بالعيب ، أنه يبطل خياره ، لأن له منه بدءاً ، ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب^(١) . »

الفرع الثاني

التعاطي

المطلب الأول

مفهوم التعاطي

٢٤١ — نبحث فيما يلي : (١) معنى التعاطي . (٢) ركناه . (٣) تمييزه عن الأوضاع المشابهة . (٤) نطائه .

(١) البدائع ، ج ٥ ص ٢٧٠ ، س ١٢ .

(١) التعاطى بالمعنى الواسع : يقصد بالتعاطى بالمعنى الواسع الإعطاء من أحد الماعدين والأخذ من الآخر الدالين على التراضى دون تلفظ بإيجاب وقبول . ويمكننا أن نطلق على التعاطى فى هذه الحالة تسمية التعاطى من جانب واحد . وهو يشمل التبرعات والمواضات .

وصورته فى التبرعات : أن يعطى أحد السائلة الفقير درهماً ، أو أن يعطى الزوج هدية إلى زوجته . فى هاتين الحالتين اللتين يتم فيهما التصرف بمجرد الإعطاء والقبض الدالين على التراضى ، دون تلفظ بإيجاب وقبول يقال : إن الهبة تمت بالتعاطى وإلى هذا أشارت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٨٣٩ إذ نصت على أن الهبة تنعقد بالتعاطى^(١) وجاء فى تكملة ابن عابدين فى هذا المعنى : « إن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط بل تكفى القرائن الدالة على التملك . كمن دفع لفقير شيئاً ، وقبضه ، ولم يتلفظ بشيء ، وكذا يقع فى الهدية ونحوها ، فاحفظه . ومثله ما يدفعه لزوجته وغيرها . وعليه فتصح الهبة بالتعاطى^(٢) . »

وصورته فى المواضات كالبيع مثلاً : أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع ، ويذهب برضاء صاحبه من غير دفع الثمن ، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع . ويلاحظ أن هذه الصورة تتضمن حالتين : حالة إعطاء المبيع دون أخذ الثمن . ويدخل فيها ما يستجره الإنسان من البياع كالزيت والملح والعدس وما شاكل إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها . وحالة إعطاء الثمن دون أخذ المبيع : كما لو جاء رجل إلى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير وقال بكم تبيع المدمن هذه الحنطة؟ فقال : بدينار . فسكت المشتري . ثم طلب منه الحنطة . فقال له البائع : أعطيك إياها غداً . ينعقد البيع أيضاً ، وإن لم يجر بينهما الإيجاب والقبول^(٣) .

(١) راجع أيضاً المادة ٨٠٥ من المجلة حيث أشارت إلى أن الإعارة تنعقد بالتعاطى .

(٢) تكملة رد المختار ، ج ٢ ، ص ٢٩٩ ، س ١٢ .

(٣) م ١٧٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(ب) التعاطى بالمعنى الضيق : يقصد بالتعاطى بالمعنى الضيق التعاقد بالمبادلة

الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب وقبول . ويمكننا أن نطلق على التعاطى في هذه الحالة تسمية التعاطى من الجانبين . وصورته أن يعطى المشتري للخباز مقداراً من الدراهم ، فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز دون تلفظ بإيجاب وقبول ، أو أن يعطى المشتري الثمن للبائع ، يأخذ السلعة ، ويسكت البائع^(١) . ويلاحظ أن كل عاقد في هذه الحالة يكون آخذاً ومعطياً في آن واحد ، بينما في التعاطى بالمعنى الواسع يكون أحد العاقلين معطياً غير آخذ ، كما هو الحال في العقود التبرعية كالعارية والوديعة ، حيث لا يأخذ فيها العاقد المفضل مقابلتاً يعطى .

وينبني على ذلك أن التعاطى بالمعنى الضيق مقصور على المعاوضات المالية فقط لأنها وحدها تتضمن معنى المبادلة التي تفيد الأخذ والإعطاء من كل جانب .

ويلاحظ أن الفقهاء في تعريفهم للتعاطى غالباً ما يشيرون إلى هذا المعنى الثاني ففي البدائع : « إن حقيقة المبادلة بالتعاطى هو الأخذ والإعطاء^(٢) . » وجاء في تعريف الشيخ رزوق في الفقه المالكي : « المعاوضة هي أن يعطيه الثمن ، فيعطيه الثمن ، من غير إيجاب ولا استيجاب^(٣) . »

(ح) ثمرة التمييز بين معنبي التعاطى : إن التمييز بين تعاط من جانب واحد وتعاط من جانبين يفيدنا بوجه خاص في دراسة التعاطى في المذهب المالكي الذي اعتبر الأول كافياً لانمقاد المقد وتطلب الثاني للزومه^(٤) وهو يفيدنا أيضاً حتى

(١) المرجع السابق .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٤ .

(٣) شرح الخطاب ، ج ٤ ، ص ٢٢٨ .

(٤) ويلاحظ هنا أن الفقيه المالكي الدردير قد مال إلى إظهار تسمية إعطاء على تسمية التعاطى لأن الثانية أليق بالمعنى الضيق ، أي التعاطى من الجانبين ، وبوصفها لا تصور حقيقة النظر المالكي الذي يقع بالتعاطى من جانب واحد قيام العقد . جاء في الشرح الكبير للدردير (ج ٣ ، ص ٣) : « وإن حصل الرضا بمعاوضة ، بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر منه ، من غير تسكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات ... ولزوم البيع =

في المذهب الحنفي الذي لم يفصل بين انعقاد العقد ولزومه . ذلك لأن الآراء في هذا المذهب موزعة ، فالبعض منها يقر التعاطي من جانب واحد دون غيره ، والبعض منها يقر العكس .

٢٤٣ - ركن التعاطي

٢٤٣ - يشترط لصلوح التعاطي كوسيلة لانعقاد العقد توافر ركنين : (أ) الرضاء (ب) الإعطاء من جانب أو الإعطاء من جانبيين على اختلاف في الرأي .

(أ) الرضاء : إن الإعطاء والأخذ ، وهما أحد ركني التعاطي ، غير كافيين لقيام التعاطي وسيلة صالحة لانعقاد العقد ، بل لابد من استنادهما إلى رضاء لا يرقى إليه الشك ، يستخلص من ملاسبات العقد . ويرجع تشدد الفقهاء في طلب الرضاء في التعاطي إلى أن قبول الفعل كوسيلة للتعبير عن الإرادة يعتبر خروجاً عن الأصل المقرر لديهم وهو إثبات اللفظ . ونستعرض فيما يلي حالتين صرح الفقهاء فيهما بقصور التعاطي المادي عن إبرام العقد إذا كان عنصره النفسي ، وهو الرضاء ، مشكوكاً في وجوده .

الحالة الأولى : قد تختلط صورة التعاطي مع صورة التبادل الفعلي الجاري تنفيذاً لعقد سابق باطل أو فاسد : « كما لو اشترى رجل وسائد وطنافس لم تنسج ، ولم يذكر الأجل ، لا يصح ، ولو نسج الوسائد وسلمها ، لا يصح » ويسوغ الفقهاء عادة عدم تصحيح التبادل الفعلي اللاحق لعقد سابق فاسد بالاستناد إلى القاعدتين : « ما بني على الفاسد فاسد . » و « وإذا بطل المتضمن بطل المتضمن ^(١) » ومعنى القاعدة الأخيرة : أنه لما بطل البيع الأول ، بطل ما تضمنه من القبض إذا كان قبل التاركة . فلكي يصح التبادل الفعلي إذن بين بدلين كانا محلاً لعقد سابق باطل ، يجب أن تتم تصفية

فيها بالتقاضي ، أي قبض الثمن والمثل ، وأما أصل البيع ، فلا يتوقف على ذلك ، خلافاً لما يوهمه المصنف . فمن أخذ ما علم ثمنه من مال كـ ، ولم يدفع له الثمن ، فقد وجد أصل العقد ، ولزومه . ولا يتوقف العقد على دفع الثمن ، فيجوز أن يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه . فلو قال المدينف — وإن إعطاء — اسكن ، أحسن . أي وإن كان الدال على الرضاء إعطاء ، ولو من أحد الجانبين إذ كلامه في الإنعقاد ولو بلا لزوم . » .

(١) راجع المادة ٥٤ من مجلة الأحكام العدلية .

هذا العقد الباطل فإذا مازال هذا العقد بالتاركة أو بالتراخي قامت عندها المبادلة الفعلية اللاحقة تعاظماً صحيحاً متتجاً لآثاره. ففي رد المختار : « لو اشترى ثوباً بشراء فاسداً ، ثم لقيه غداً . فقال : قد بعته ثوبك هذا بألف درهم ، فقال : بلى . فقال : قد أخذته ، فهو باطل . وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد ، فإن كانا تاركا للبيع الفاسد فهو جائز اليوم ^(١) »

وفي الفتاوى الهندية : « اشترى وسائد وطنافس لم تنسج ولم يذكر الأجل ، لا يصح ، ولو نسج الوسائد وسلمها لا يصح . والتعاظم إنما يكون بيعاً إن لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل ، وأما إذا كان بناء عليه فلا ^(٢) . »

على أن شبهة انتفاء التراخي بالمبادلة الفعلية اللاحقة إذا قام دليل عكسي على انتفاءها ، صحت المبادلة . من ذلك ما جاء في البدائع : « ولو باع عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والمان بدرهم ، والجملة أكثر مما سمي ، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة . فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك ، أو تراضيا عليه ، فهو جائز ، لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاظم . وإليه أشار في الكتاب فقال : وإنما وقع البيع على هذا المزيل حين تراضيا . وهذا نص على جواز البيع بالمرأوضة ^(٣) . »

الحالة الثانية : قد تحتلط صورة التعاظم الصحيح مع صورة التبادل الفعلي المصحوب برفض صحيح . ذلك لأن التعاظم يفيد الرضا دلالة ، وهذه الدلالة لا تقوى على الوقوف في وجه التعبير الصريح « فلو صرح أحد الطرفين بأنه يرفض التعاقد ، فإن دلالة الرضاء المستفادة من التعاظم تنقضي ، ولا يتم العقد . والرفض الصريح ينفي الرضاء الضمني المستخلص من التعاظم ، حتى لو كان هذا الرفض صريحاً يجوز حمله على غير ظاهره ، بأن يحمل على تظاهر التعاقد بالرفض ، لتطبيب قلب التعاقد الآخر ، وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحته . وهذا لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو تقديم اللفظ على غيره ، إذ هو أدل على الإرادة الظاهرة ^(٤) . »

(١) رد المختار ، ج ٤ ، ص ١٦ — ص ١٧ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٨ .

(٣) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٥٨ ، ص ٤ .

(٤) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ١١٤ — ص ١١٥ .

جاء في الفتاوى الهندية : « دفع إليه الدراهم ليشتري منه البطاطيخ المعينة ، فأخذها . ويقول لا أعطيها بها ، وأخذ المشتري منه البطاطيخ ، فلم يستردها ، ويعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع ، وإلا يكون راضياً ، ويصيح خلفه : لا أعطيها تطيباً لقلب المشتري ، فقال مع هذا لا يصح البيع ، كذا في القنية^(١) . »

ويلاحظ أن حرص الفقهاء في الحالتين السابقتين على تمخير التعاطي عن التبادل الفعلي اللاحق لعقد باطل ، أو المصاحب لتصريح بخالف لمعنى المبادلة ، يرجع إلى رغبة الفقهاء في المبادلة الفعلية كوسيلة للتعبير عن الإرادة ؛ فهم سرعان ما يتخلون عنها إذا قامت أدلة مناهضة ، كالتصريح بالرفض الظاهري كما في الحالة الثانية وشبهة انتقاء التراضي كما في الحالة الأولى . وحتى لو كانت هذه الشبهة لا تؤهلها قوتها لهدر هذه المبادلة التي ذهب الأحناف إلى أنها في الأساس دليل على التراضي .

(ب) — الإعطاء منه جانب واحد أو من جانبين : ليست تسكني دلالة ظروف موقف ما على الرضا بصورة ظاهرة لكي يعتبر تعاطياً بل لابد من حركة إيجابية قوامها إعطاء من أحد الجانبين وأخذ من الآخر . ونمرض فيما يلي موقفاً ينم عن الرضاء بصورة ظاهرة بيد أن الفقهاء لم يشاءوا أن يصفوه بالتعاطي لخلوه من الإعطاء ففي اليتيمة : « سئل الحسن بن علي عن رجل ساوم وكيل البائع السلعة بائنين وعشرين ديناراً وأبى الوكيل إلا بخمسة وعشرين ، فقال المشتري : « أترى لي هذه الثلاثة الدنانير » ورضى بذلك من غير أن يوجد منه قول ، وهناك شهود على أنه رضى ، فطابت نفسه بذلك . هل يكون ذلك بيعاً ؟ فقال هذا القدر ليس ببيع ، إلا أن يوجد منه الإيجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامهما من الفعل ، كذا في التتارخانية^(٢) . »

ويلاحظ من المثال السابق أن أسارير وجه البائع التي دلت على طيب نفسه بالصفقة والتي لاحظها الشهود لم ترق في نظر الفقهاء إلى ما يمكن أن يعد إظهاراً للإرادة ذلك لأن هذا الإظهار يتجلى في التعاطي في الأخذ والإعطاء .

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٩ ، وراجع أيضاً رد المحتار ، ج ٤ ، ص ١٦ — ص ١٧ .

(٢) راجع ما سبق ، ص ٤٠ .

٣٨ - تمييز التعاطى عن الأوضاع المشابهة

٢٤٤ - ونستعرض فيما يلي تمييز التعاطى عن التعاقد بدلالة الحال والعقد الذى يكون أحد شرطيه تعبيراً ضمنياً^(١).

(أ) التمييز بين التعاقد بالتعاطى والتعاقد بررارة الحال : ثمة فرق واضح بين التعاقد بالتعاطى ، والتعاقد بدلالة الحال حيث لا يكون ثمة أخذ وإعطاء من الجانبين ، بل موقف من المعاقدين لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على التراضى . كما لو ترك إنسان متاعه بين يدى شخص آخر ، وذهب ، وذلك الآخر ساكت ، لم ينهه ولم يتنصل من حفظه ، فإنه ينعقد عقد الإيداع بينهما بدلالة الحال ويصبح الشخص الآخر وديعاً مكلفاً بالحفظ .

وكذا لو دخل شخص خاناً ، فقال لصاحب الخان أين أربط دابتي ، فأراه محلاً ، فربط الدابة فيه ، انعقد الإيداع دلالة .

(ب) التمييز بين التعاطى والعقد الذى يكون أحد شرطيه تعبيراً ضمنياً :
لعل أول من نبه إلى دقة التمييز بين هذين الوضعين هو الفقيه ابن عابدين إذ يقول : « قلت وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال : بمتك بألف . فقبضه المشتري ، ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولا ، وليس من بيع التعاطى ، خلافاً لمن جعله منه . فإن التعاطى ليس فيه إيجاب ، بل قبض بعد معرفة الثمن^(٢) . »

وقال فى مكان آخر : « فإن من الفروع ما لو قال : كل هذا الطعام بدرهم ، فأكله تم البيع ، وأكله حلال . والركوب واللبس بعد قول البائع : اركبها بمائة ، والبسه بكذا ، رضا بالبيع . وكذا إذا قال : بمتك بألف ، فقبضه ، ولم يقل شيئاً ، كان قبضه

(١) فارن الأستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، ف ١٦٠ ، ص ٢٢٩) حيث اعتبر عقود الإذعان — كالإشتراك والمياه والنور والهاتف — من قبيل عقود التعاطى ، على ما بينهما من فارق ، مرده انتفاء الصيغة العقدية فى الثانية دون الأولى . هذا إلى أن عقود التعاطى — خلافاً لعقود الإذعان — لا تخلو عادة من سبق استتمام .

(٢) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ١٦ — ١٧ .

قبولاً ، بخلاف بيع التعاطى ، فإنه ليس فيه إيجاب ، بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ،
ففي جمل الأخيرة من صور التعاطى ، كما فعل بعضهم ، نظر ! ^(١) .

وتتبدى ثمرة التمييز بين التعاطى والعقد الذى يكون أحد شرطيه تعبيراً ضمنياً
بوجه خاص فى عقد النكاح حيث لا يجوز انبرامه عن طريق التعاطى . فإذا ما عولنا
على الملحوظة التى أبداها ابن عابدين ، استطعنا تصحيح عقد النكاح فى الحالات التى
تم فيها القبول ضمناً بطريق دفع المهر . ويبدو أن صاحب المحيط قد جنح إلى القول
بعدم انعقاد النكاح فى هذه الحالة معتبراً صورة العقد فيها ضرباً من ضروب التعاطى .

جاء فى البحر الرائق : « وهل يكون القبول بالفعل كالقبول باللفظ كما فى البيع .
قال فى البرازية : أجاب صاحب البداية فى امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند
الشهود ، فلم يقل الزوج شيئاً ، لكن أعطاها المهر فى المجلس ، أنه يكون قبولاً .
وأنكره صاحب المحيط . وقال : لا . ما لم يقل بلسانه : قبلت ، بخلاف البيع . لأنه
ينعقد بالتعاطى . والنكاح لخطره ، لا ينعقد حتى يتوقف على الشهود بخلاف إجازة
نكاح الفضولى بالفعل ، لوجود القول ثمة ^(٢) » ^(٣) .

§ ٤ — نطاق التعاطى

٢٤٥ — أجمعت الأنظار الفقهية على عدم صلوح التعاطى كوسيلة لانعقاد عقد
النكاح ، ولعل مرد إجماعها أن عقد النكاح فى الفقه الإسلامى لا يتم إلا بالإشهاد .
ولما كان مؤدى التعاطى فى النكاح هو التماثر الإستماعى بين الزوجين ، وكان ذلك
متعذراً بحضور الشهود ، لذلك فقد أوجب الفقه الإسلامى التلافظ فى عقد النكاح
لأنه ميسور السماع . وفيما عدا ذلك فإن عقد النكاح ، لما له من صلة بالنظام العام فى
المجتمع الإسلامى ، ونظراً لما يعلق به من حقوق الغير وهو النسل ، فقد حرص المشرع
على إبرازه وتمييزه عن المخادنة ، وليس كاللفظ أدل وأبين على التمييز بين حالتى النكاح

(١) المرجع السابق ، ص ٩ .

(٢) البحر الرائق ، ص ٣ ، ص ٨١ ، ص ٢١ .

(٣) انظر أيضاً الفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مذكور ، ف ٥٣٨ ، هامش رقم

٣ ، ص ٣٨٥ .

المشروع الذى تصان به حقوق هذا الغير ، والسفاح الممنوع الذى تهدد به هذه الحقوق .

المطلب الثانى التعاطى فى رأى الفقهاء

٢٤٦ - لئن اتفقت الانظار الفقهية على استبعاد التعاطى كوسيلة لانعقاد النكاح فهي قد اختلفت فى الاعتراف به كوسيلة لانعقاد العقود الأخرى ونستعرض فيما يلى مختلف هذه الآراء . فنبدأ بالرأى المفصل وهو مذهب الأحناف ، ثم رأى المزيق وهو مذهب الشافعية والشيعة ، وأخيراً رأى الموسع وهو مذهب الحنابلة والمالكية .

١ § - التعاطى فى المذهب الحنفى

٢٤٧ - لم يصل الفقه الحنفى إلى تقبل التعاطى وسيلة للتعبير عن الإرادة طرفة وإنما وصل إليه متدرجاً . ولعل مرد ذلك حرص هذا الفقه فى بدء تطوره على تطبيق الأصل المقرر لديه وهو إثبات التعبير اللفظى . وهذا السبب هو الذى حدا بالأحناف إلى الاعتراف بالتعاطى فى بادئ الأمر بحذر وحيلة وحصره من ثم فى نطاق ضيق هو نطاق المعاوضات فى الأشياء الخسيسة . وهو الذى دعاهم أيضاً إلى عدم اعتبار التعاطى بيعاً ، يدل على ذلك عدم اعتبارهم البيع بالتعاطى سبباً للحث^(١) ويدل على ذلك أيضاً تعريفات بعض الفقهاء للمقد . فقد جاء فى تعريف سعدى جلبي إن « المقد قول يكون له حكم المستقبل ، فلا عقد فى صورة التعاطى^(٢) » وواضح أن مؤدى هذا التعريف أن « التصرف الذى يتم تنفيذه بمجرد انعقاده بحيث لا يتخلف عنه أثر لا يكون عقداً ، وإنما المقد هو الذى يرتب أثراً يبقى مدة من الزمن قبل أن يتم تنفيذه ومن ثم لا يكون بيع التعاطى عقداً ، لأنه قد تم تنفيذه بمجرد انعقاده ، فلم يتخلف عنه أثر باق^(٣) » .

(١) جاء فى رد المحتار (ج ٣ ، ص ١٦٠ ، س ٢١) : « وتقل فى الزهر عن البدائع تأييد عدم الحث فى البيع بالتعاطى . والظاهر أن الشراء مثله فيفيد عدم الحث فيه أيضاً . لكن لا يخفى أن العرف الآن يخالفه . »

(٢) حاشية سعدى جلبي على شرح العناية على الهداية ، ج ٥ ، ص ١٧٢ .

(٣) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٧٤ .

على أن العرف فيما بعد قد دعا الأحناف كما سنرى إلى التوسع في تقبل التعااطى وتسميته عقداً ونستطيع أن نقرر أن الفقه الحنفى مر في مرحلتين في تطوره :

١ — من حيث نظراته إلى محل التعاقد : فقد اعترف في بادىء الأمر بالتعااطى كوسيلة لبيع الأشياء الخسيسة ، ثم انتقل إلى الإعتراف به كوسيلة لبيع الأشياء النفيسة .

٢ — من حيث نظراته إلى شطرى التبادل : فقد اتجه رأى الراجح في المذهب إلى إقرار التعااطى من جانبين وعدم الاكتفاء بالإعطاء من جانب واحد.

(١) — تطور الفقه الحنفى في نظراته إلى محل التعااطى

٢٤٨ — محل التعاقد إما أن يكون شيئاً نفيساً أو شيئاً خسيساً . والنفيس ما كثر ثمنه كالسيارة والمجوهرات . أما الخسيس فهو ما قل ثمنه كالخبز . ويرى البعض أن النفيس ما كان بنصاب السرقة فأكثر والخسيس بما دونه . وجاء في الفروع أن الخسيس هو الأشياء المحترقة كالبقول والريغيف والبيض والجوز واللحم والرمان والحطب والزيت والندس الخ . .

ولقد أجاز الفقهاء الأحناف في بادىء الأمر التعااطى كوسيلة لانعقاد البيع في الخسيس دون النفيس ، ثم مالوا أن أجازوه فيهما معاً . ولقد كان كل من العرف ، كما أشرنا سابقاً ، ودلالة التعااطى على الرضا هو العامل الأهم الذى حدا بهم إلى التوسع . ونستعرض فيما يلى النصوص الفقهية في هذا الصدد .

جاء في البدائع : « وذكر القدورى أن التعااطى يجوز في الأشياء الخسيسة ، ولا يجوز في الأشياء النفيسة . ورواية الجواز فى الأصل مطلق عن هذا التفصيل ، وهى الصحيحة .

لأن البيع فى اللغة والشرع اسم للمبادلة ، وهى مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعااطى ، وهو الأخذ والإعطاء . وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله عز وجل لا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، والتجارة

عبارة عن جمل الشيء للغير ببدل ، وهو تفسير التعاطى ، وقال سبحانه وتعالى : « أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين » .

أطلق سبحانه وتعالى إسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع . وقال الله عزوجل : « إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة » سمي سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله بيعاً . . وإن لم يوجد لفظ البيع .

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطى ، وهو الأخذ والإعطاء ، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً ، فكان التعاطى في كل ذلك بيعاً ، فكان جائزاً^(١) .

وفي فتح القدير : « ولهذا ينعقد . . . بالتعاطى في النفيس والخسيس . قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس مادونه . وقوله — هو الصحيح — إحتراز من قول السكرخى أنه إنما ينعقد بالتعاطى في الخسيس فقط ، وأراد بالخسيس الأشياء المحترقة كالبلبل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للمادة . قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان ، فوضع عنده فلساً ، وأخذ رمانة ، ولم يتكلم ، ومضى وجهه الصحيح أن المعنى ، وهو الدلالة على التراضي ، يشمل الكل وهو الصحيح ، فلامعنى للتفصيل^(٢) » .

وفي تبين الحقائق : « قال رحمه الله . . . ويلزم بالتعاطى أيضاً ، ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً . وزعم السكرخى أنه ينعقد به في شيء خسيس لجريان المادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها . والصحيح الأول ، لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ ، وقد وجد التراضي من الجانبين ، فوجب أن يجوز^(٣) » .

(ب) تطور الفقه الحنفى في نظريته إلى شطرى التعاطى .

٢٤٩ — يذهب الأستاذ الدكتور السنهورى إلى أن الفقه الحنفى سار في تطوره في موقفه من التعاطى ، من اشتراط القبض في البدلين إلى الإكتفاء بقبض البدل الواحد . واعتبر هذا التطور رد فعل ضد ما يثقل صيغة العقد في الفقه الحنفى من إثارة للفظ على

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٤ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٧ .

(٣) تبين الحقائق ج ٤ ، ص ٤٠ .

(١٦ — التعبير عن الإرادة)

غيره من مظاهر التعبير . فقد جاء في كتابه مصادر الحق : « يمكن القول أن التعاقد بالتعاطى احتل مكانه في المذهب الحنفى تدرجاً لا طفرة ... فقد كان قبض البدلين جميعاً شرطاً في تمام العقد ، ثم صار قبض أحد البدلين يكفي^(١) » واستخلص في موضع آخر من هذه الظاهرة — وخلافاً للتدرج الذى قرره هناك — ما يشبه الطفرة في الفقه الحنفى فقال : « ولكن التعاطى اعتبر بعد ذلك ، لاعلى الوجه المتقدم [أى لامطابقة للعرف] بل من طريق ما يتضمن من الدلالة على الرضاء . فالفعل هنا — وهو التعاطى — يعدل القول ويكفى فيه قبض أحد البدلين ، مادام أنه في الحالتين يدل على التراضى . وفي هذا رد فعل ضد الإیمان في اللفظية ، وتخفيف من أثر تقدم اللفظ على غيره من مظاهر التعبير عن الإرادة^(٢) » .

٢٥٠ — ونحن نرى أن هذا التطور الذى ذهب إليه الأستاذ السهورى محل للنظر لعدة أسباب :

(١) إن كتب المذهب قد أشارت ، بالإضافة إلى الرايين السابقين ، إلى وجود رأى ثالث ، منذ فجر تكوين الفقه الحنفى . فقد جاء في رد المحتار تعقيماً على ما جاء في الدر المختار : « (قوله : فتحرر ثلاثة أقوال) هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطى في مواضع : فصوره في موضع بالإعطاء من الجانبين ، ففهم منه البعض أنه شرط . وصوره في موضع بالإعطاء من أحدهما ، ففهم البعض أنه يكتفى به . وصوره في موضع بتسليم المبيع ، ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفي^(٣) » .

(٢) إن الفتوى التى جرى عليها العمل ، تشير إلى أن منحى التطور قد سار في اتجاه معاكس لما يذهب إليه الأستاذ السهورى . فقد جاء في الدر المختار : « وقيل لا بد في التعاطى من الإعطاء من الجانبين ، وعليه الأكثر . قاله الطرسوسى واختاره البزازی ، وأفتى به الحلوانى ، واكتفى السكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال ، وقد علمت المفتى به^(٤) » .

(١) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ١٠٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١٩ .

(٣) و (٤) ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ١٦ — ص ١٧ .

(٣) إننا نعتقد أن الاكتفاء بقبض أحد البديلين هو أليق بمبدأ الرضائية المطلق — الذى لا يقبله الأحناف فى مجال الصيغة إلا بتحفظ بالغ — من اشتراط القبض من الجانبين . ذلك لأن التعاطى من جانبين يتضمن إيجابية نلسمها فى قبض البديلين وهى تبدو فى اشتراط عنصر مادم مالموس زائد على التراضى المحض .

أما التعاطى من جانب واحد فهو يتضمن إيجابية وحيدة الطرف نجدها فى عنصر القبض لدى الطرف القابض ، بينما تسود السلبية المطلقة لدى الطرف الآخر غير القابض ، حيث لا ينضم إلى رضاه المحض أى عنصر مادم . ولذلك وصفنا هذه الحالة بأنها أقرب إلى الرضائية المحضة . وغير خاف أن استخلاص الرضا من هذه السلبية يتضمن ازوراراً كبيراً عن الأصل المقرر فى الفقه الحنفى وهو إيجابية الصيغة فى مظهر لفظى . وعندى أن الفقهاء الأحناف لم يتخلوا عن هذا الأصل العزيز عليهم إلا بحيلة وحذر بالغين ولذا فإنك تجد أكثرهم لم يقبل مبدأ التعاطى الوحيد الجانب فى العمل بل آثر عليه مبدأ التعاطى من الجانبين الذى يتفق مع تلك الحيلة وذلك الحذر . ويتفق من جهة أخرى مع المذهب المالكي الذى يرتاب من التعاطى الوحيد الجانب فيجعله عقداً غير ملزم ويطمئن إلى التعاطى من الجانبين فيجعله عقداً ملزماً . وإذا كان معروفاً أن المذهب المالكي هو أقرب إلى الأخذ بالتعاطى من المذهب الحنفى ، فإنه ليندو من غير المستطاع أن نقرر ، وخلافاً لما عرف عن هذين الفقهيين ، أن الفقه الحنفى قد بز الفقه المالكي فى التعاطى فاعتبره ملزماً عند ما يكون من جانب واحد ، بينما ظل هذا النوع من التعاطى غير ملزم فى الفقه المالكي .

§ ٢ — رأى المضيق : نفاة التعاطى

٢٥١ — رأينا سابقاً أن الأحناف قد انتهوا إلى الاعتداد بالتعاطى كوسيلة للتعبير عن الإرادة فى جميع العقود وبدون قيد . ورأينا أيضاً أن فريقاً منهم قد توسع فى هذا الاعتداد وقبل التعاطى من جانب واحد واعتبره ملزماً الأمر الذى لم يصل إليه المذهب المالكي الذى يقول بعدم اللزوم فى هذه الحالة . وسنرى فيما بلى أنه على النقيض من المذهب الحنفى الذى بز المذاهب الموسعة بعد تطوره ، جد المذهب الشافعى والشيعة فى مكانهما فلم يترحزا عن نقطة الانطلاق التى بدأ فيها المذهب الحنفى ، بل ظللا يميزان

بين الأشياء الخسيسة والنفيسة ، يقران التعاطى في الأولى دون الثانية . على أن هذا الإقرار نفسه قد تخلف فيه المذهب الشيعى عن المذهب الحنفى في نقطة انطلاقه ، فبينما كنا نجد هذا المذهب الأخير يمتد بالتعاطى كوسيلة لنقل الملكية في المحقرات نرى هنا الاتجاه السائد في رأى المضيق في المذهب الشيعى يتخلف عن المذهب الحنفى ، ويرى في التعاطى وسيلة عاجزة عن انتقال الملكية .

وننقل فيما يلى نصوصا عن المذهبين تؤكد ما سبق :

(١) المذهب الشيعى :

جاء في الروض النضير : « والقول المنعقد به البيع هو الإيجاب والقبول في مال مع شروط معتبرة . واستثنى من ذلك المحقر ، لجرى عادة الناس بالدخول فيه بغير صيغة ، وهو مذهب الهاذوية وبعض الشافعية . وروى في شرح القدورى من الحنفية الإجماع عليه ، وعند جمهور الشافعية لا بد فيه من اللفظ كغيره ، واختلفوا في قدر المحقر : فقليل هو ما دون ربع المثقال ، وقيل قدر قيراط المثقال فما دون . وقيل هو نحو البقول والفواكه والخبز . وقيل ما دون نصاب السرقة . قيل والأقرب في ذلك اتباع العرف والمادة . وهو الذى يشير إليه كلام صاحب الأثمار في إدخال المنقول وغيره في المحقر لما جرت به عادة الناس غالبا في الاكتفاء فيه بالمعاطاة ... »

نعم جرت العادة بعدم التساوم والتعاقد في المال الحقيقى في التعاطى ، لأنه يسمى بيما لغة وعرفاً . واختاره جماعة من الشافعية . وأما أبو حنيفة فلم يشترط التعاقد في التبايع أخذاً بظاهر الخطاب . . . ويؤيده أنه قد تقرر في القواعد الفقهية المتفق على صحتها أن كل ما رتب الشارع عليه حكماً ، ولم يحدد فيه حداً ، يرجع فيه إلى العرف كما تقدم^(١) .

وفى جواهر الكلام : « ولا يكفى مجرد الرضا في حصول الملك بدون الإيجاب والقبول في الجليل والحقيق ، لحصر الشارع أسباب الملك في العقود ، فالمعاطاة تنفرد بإباحة لا غير^(٢) » .

(١) الروض النضير لشرف الدين الحسين الحيمى ، ج ٣ ، ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

(٢) جواهر الكلام في باب العقود للنجنى ، ص ٣٩ ، س ٢ .

وفي مفتاح الكرامة : « وأما المماطة في البيوع والإجازات ونحوها فليس من العقود قطعاً ، لأنها إباحة محضة ، لا يشترط فيها شيء من شروط البيع ^(١) » .

(٢) المذهب الشافعي :

جاء في نهاية المحتاج : « والرضا أمر خفي لا اطلاع لنا عليه فجمعت الصيغة دليلاً على الرضا فلا ينعقد بمماطة ، وهي أن يتراضيا مع السكوت منهما ، واختار المصنف انعقاده بها في كل ما يعمده الناس بها بيعاً . وآخرون في محقر كرهيف . أما الاستعجار من بيع فباطل اتفاقاً . أي حيث لم يقدر الثمن كل مرة . على أن الغزالي سامح فيه أيضاً بناء على جواز المماطة ... أما في الدنيا فيجب على كل رد ما أخذه ^(٢) » .

وفي الأشباه والنظائر : « قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقاً ، ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف .

وخرجوا عن ذلك في مواضع ، لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لا ضابط لها في الشرع ، ولا في اللغة . منها المماطة على أصل المذهب ، لا يصح البيع بها ولو اعتيدت . لا جرم أن النووي قال : المختار الراجح دليلاً الصحة . لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ ^(٣) » .

وجاء أيضاً : « من العقود ما لا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظاً ، فالأول منه الهدية ، فالصحيح أنه لا يشترط فيها الإيجاب والقبول لفظاً . يكفي البعث من المهدى والقبض من المهدى إليه ^(٤) » .

ويلاحظ من النصوص السابقة أن الفقه الشافعي حائر بين أصول مذهبه التي تنبذ التعاطي كونه يلة لانعقاد العقد ، وبين مقتضيات العرف التي تأمر به . وها هو الرملي يصرح في النص الأول . أن المصنف قد اختار انعقاد العقد بالتعاطي في كل ما يعمده الناس بيعاً ، وأن الغزالي قد سامح في قبول الاستعجار ، ويصرح السيوطي

(١) مفتاح الكرامة للعامل . ٤ ، ص ٣ ، س ٢٢ .

(٢) نهاية المحتاج للرملي ، ٣ ، ص ٤ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٠١ ، س ١٥ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٢١ .

أيضاً بأن النزوى قد صحح البيع بالمعاطاة ، وسنلمس ثمرة الفارق بين مرونة المذهب الشافعى فى نفيه للتعاطى مع صلابة الشيعة فى هذا النفى عند بحثنا لآثار التعاطى .

(١) آثار التعاطى

٢٥٢ - على أن التعاطى وحتى فى السلع الحقةرة إذا كان عاجزاً عن نقل الملكية فهل معنى ذلك انعدام أى أثر له ، أم أنه يجر وراءه بعض الآثار ؟ الواقع أن أصحاب هذا الرأى لم يستطيعوا أن يتجاهلوا واقعة التعاطى كأمر واقع ، ويبدو أنهم رتبوا عليها آثاراً ، ولكن لا كمقد ، بل كواقعة قانونية . وهنا يجب أن نميز بين ما تولده هذه الواقعة من أثر دينى أخروى وأثر دنيوى قضائى .

٢٥٣ (١) الأثر الدينى : يبدو أن إجماع نفاة التعاطى يكاد ينعقد على عدم اعتبار واقعة التعاطى غصباً ، لشبهة وجود التراضى . على أن صاحب النهاية وهو من فقهاء الشيعة قد وصل به الحد إلى تجريد التعاطى من كل أثر شرعى ، مهما كان ضعيفاً ، فدعا إلى وصفها بعدم المشروعية مستنداً إلى فقدان أية قاعدة شرعية تسوغ حيازة المشتري ، ذلك لأن القواعد التى نص عليها الشارع لتحديد طرق اكتساب الملكية جاءت ، فى نظره ، على سبيل الحصر وليس بينها المعاطاة^(١) وقد أوجب عن هذا بأن الطرق التى حددها الشارع للتعاقد ، إذا كان الهدف منها إكساب المتصرف إليه الملكية ، فليس ما يمنع من اعتبار ما وراء هذه الطرق - كالمعاطاة - صالحاً لانتقال الإباحة المشروعة .

جاء فى نهاية المحتاج فى هذا الصدد : « وعلى الأصح لا مطالبة بسبب المعاطاة بما يأخذه كل من المعاقدين بالمعاطاة فى الآخرة ، أى من حيث المال ، بخلاف تعاطى العقد الفاسد ، إذا لم يوجد له مكفر ، كما هو ظاهر ، للرضاء^(٢) . »

(١) راجع العنصر النفسى فى العقود وفقاً للقانون الإيرانى للدكتور جلال عبده ، باريز عام ١٩٣٧ ، ص ٨٨ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٣ ، ص ٤ .

وفي حاشية الشبراملسي : « وعقد المعاطة من الكبار ، وفي كلام بعضهم أنه صغيرة وأنه المعتمد . . . ولو وقع بيع بمعاطة بين مالكي وشافعي . هل يحرم ذلك لأعانتة الشافعي على معصية في اعتقاده أم لا ؟ فيه نظر ! والجواب أن الأقرب الحرمة كما لو لعب الشافعي مع الحنفي الشطرنج ، حيث قال يحرم على الشافعي لأعانتة الحنفي على معصية في اعتقاده ^(١) . »

٢٥٤ — (ب) الأثر القضائي : هذا وإذا كانت المعاطة تسوغ حيازة المتصرف إليه ، فهل يقتصر دورها على هذا أم يتعداه إلى تسويغ نقل ملكية العاطي إلى الآخر ^(٢) ؟ وعلى فرض أن المعاطة تنقل الملكية فهل تكون عندها غير قابلة للفسخ ؟ يبدو أن موقف نفاة التعاطي ليس واحداً في مجاهتهم لهاتين المشكلتين . فالبعض وهم الشيعة يجيبون بالنفي عن هذين السؤالين ، فهم يرون أن المعاطة لا تفيد ملكاً ، ولطرفي المعاطة الفسخ . أما الشافعية فهم يرون أن المعاطة تنقل الملكية شأنها في ذلك شأن العقد الفاسد ، وعلى كل رد ما أخذه ، إن كان باقياً ، وبدله إن تلف .

وننقل فيما يلي نصوصاً من كتب أنصار هذا الرأي المضيق تبين سلبية الشيعة في اعتبار المعاطة ناقلة للملكية وإيجابية الشافعية في هذا الصدد .

(١) المذهب الشيعي

جاء في جواهر العقود للنجفي : « ولا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك بدون الإيجاب والقبول في الجليل والحقير لحصر الشارع أسباب الملك في العقود . فالمعاطة تفيد إباحة لا غير ^(٣) . »

وفي مفتاح الكرامة للعاملي : « وأما المعاطة في البيوع والإجازات ونحوها فليس من العقود قطعاً ، لأنها إباحة محضة ، لا يشترط فيها شيء من شروط البيع ، لا كما توهمه الشهيد الثاني . »

(١) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ، ج ٣ ، ص ٤ ، س ٢٨ .

(٢) لم نقل المشتري لأن المعاطة ليست عندهم بيعاً .

(٣) حواهر الكلام في باب العقود للنجفي ، ص ٣٩ ، س ٢ .

وأما الاستفادة من إطلاق الكتاب والسنة من الدلالة على الانتقال واللازم
فمختص بالعقود ، وليس التراضي مع التقابض منها قطعاً لفة وعرفاً ، والشك كاف
جزماً ، ونمنع تسمية ذلك بيعاً حقيقة إجماعاً^(١) . »

وبلاحظ أن فقهاء الشيعة لا يسمون التعاطي بيعاً على سبيل الحقيقة بل على
سبيل المجاز في جواهر العقود : « فأطلاق البيع مجازاً ، وعلى إرادة المبادلة التي هي
أحد إطلاقاته^(٢) . » وفي تحرير المجلة لكاشف الغطاء في نقده للمادة ١٧٥ من المجلة
التي تنص على « أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين ، فينمقد
البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، ويسمى هذا بيع التعاطي » ما يلي :
« وفي عبارة المجلة أيضاً نوع من التسامح حيث جمل المقصد الأصلي من العقد ،
أي الإيجاب والقبول ، هو التراضي ، مع أن الرضا والتراضي إذن وإباحة ، وهو
غير ما هو المقصود بالعقود . فإن المهم فيها هو إنشاء التملك والمبادلة . والرضا يقتصر
الغير في مالك معنى ، وجعل مالك ملكاً للغير معنى آخر . والمعاطة التي هي أخت
العقد اللفظي هي التي يقصد بها إنشاء البيع والتمليك ، وهذه هي التي ينبغي أن تكون
عمل الكلام وموضع النقض والإبرام ، لا التي يراد بها الرضاء بإباحة التصرف وحلية
الانتفاع شبه العارية ونحوها .

نعم ! اختلف فقهاؤنا أشد الاختلاف في موضوعها ، والمعنى المقصود منها
في موضع النزاع كاختلافهم في حكمها . فقول : هو ما قصد به المتعاطيان الإباحة .
وقيل : ما قصد به التملك . وقيل : ما تجرد عن كل منهما^(٣) . »

ولعل هذا الرأي الأخير الذي أشار إليه كاشف الغطاء ، والذي يجرد التعاطي عن
أن يكون وسيلة للتمليك والإباحة ، هو رأي صاحب النهاية الذي سبق أن أشرنا
إليه ، والذي يعتبر التعاطي عملاً غير مشروع .

(٢) المذهب الشافعي

جاء في نهاية المحتاج للرمل : « فلا ينمقد بالمعاطة وهي أن يتراضيا ولو مع

(١) مفتاح الكرامة للعامل ، ج ٤ ، ص ٣ ، س ٢٢ .

(٢) جواهر العقود ، ص ٣٩ ، س ٧ .

(٣) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ، ص ١٥٢ .

السكوت منهما . . . أما في الدنيا فيجب على كلِّ رد ما أخذه إن كان باقياً وبدله
إن تلف^(١) . »

وأخيراً ننقل ما جاء في الروض النضير في مقارنة المذهبين في هذا الصدد :

« وأما المعاطاة في غير المحقر فقالت الهادوية والشافعية : لا يكون بيعاً ثم اختلفوا .
فالهادوية قالت : لا يوجب الملك بل يوجب إباحة . وهو وجه للشافعية . ووجه آخر :
إنه كالمقبوض بعقد فاسد فيجب رده أو بدله إن تلف . ولكل منهما الفسخ .
وقال المؤيد بالله والحراسانيون من الحنفية : إنه ينعقد البيع بالمعاطاة استحساناً .
والقياس أنه لا ينعقد . ولكنه لا يملك فيهما إلا بالمقبض عند المؤيد . وهذا التفريع
مترتب على اشتراط التلافظ في غير المحقر^(٢) . »

(ب) أدلة نفاة التعاطي

٢٥٥ — يستند نفاة التعاطي من الشيعة والشافعية إلى أدلة عقلية وفنية في دعم
رفضهم للتعاطي كوسيلة للإنعقاد . وتكاد تهدف هذه الأدلة كلها لإثبات المبدأ القائل
بأن جوهر التصرف القانوني هو اللفظ . وينطوي هذا المبدأ على شطرين أولهما :
إن اللفظ وحدة ملزم . وثانيهما : إن الرضاء غير ملزم^(٣) ونستعرض فيما يلي هذه الأدلة ،

(١) نهاية المحتاج ، ج ٣ ، ص ٤ .

(٢) الروض النضير ، ص ٣ ، ص ٢٠٥ .

(٣) ويقرر الفقهاء هذا المبدأ ونتائجه بوجوه مختلفة :

يقول الخيمي (الروض النضير ، ج ٣ ، ص ٢٠٦) : « وليس البيع هو مجرد الرضاء
بالمبادلة ... وليس إلا القول المترجم عما في النفس » ويقول كاشف الغطاء (تحرير المجلة ، ص ١٥٢)
« إن الرضاء والتراضي إذن وإباحة وهو غير المقصود بالعقود فإن المهم فيها هو إنشاء التملك
والمبادلة ... والمعاطاة التي هي أخت العقد اللفظي هي التي يقصد بها إنشاء البيع والتمليك وهذه هي
التي ينبغي أن تكون محل الكلام وموضع النقض ... » ويقول العاملي (فتح السكرامة ، ج ٤ ،
ص ٣) : « وليس التراضي مع التقابض من العقود قطعاً لغة وعرفاً ... ويستفاد من أخبار معتبرة
عدم الإكفاء بمجرد القصد والإشارة وأنه لا بد من اللفظ ... » .

ويقول النجفي (جواهر الكلام ، ص ٢٩) : « ولا يكفي مجرد الرضاء : الملك »
الإيجاب والقبول » ويقول الرملي (نهاية المحتاج ، ج ٣ ، ص ٤) : « وا ... رضى لا اطلاع لنا
عليه فجعلت الصيغة دليلاً على الرضاء فلا ينعقد بالمعاطاة » .

ثم نبهت عن مدى نجاحها في دعم نفي التعاطي ، وعما إذا كان ثمة عامل آخر أعمق غوراً كان هو الباعث الحقيقي على هذا النفي .

٢٥٦—الرؤى العقلية : تسكاد تتلخص الأدلة العقلية التي يأتي بها نفاة التعاطي لدعم نظرهم في أن الشارع قد اقتصر على ذكر البيع والتبائع . و فرق بين مرحلتى الاستيـام والتعاقد ، ونبذ ما كان يألفه الجاهليون من تعبيرات فعلية فى البيوع كاللامسة وغيرها فوجب تبعاً لذلك نبذ ما كان على شاكتها من معاطاة غير مقرونة بلفظ البيع الذى جعله الشارع عنواناً للتعاقد .

ونورد فيما يلى ما قاله صاحب الروض النضير فى بيان هذا التعليل ، وهو أوفى تعليل عثرنا عليه لأصحاب هذا الرأى المضيق ، وسنعمد إلى الوقوف عنده فيما بعد لنتبين على ضوءه تداخل الأسباب العقلية مع الأسباب الحضارية العميقة ، فى تكوين بعض الاستدلالات الفقهية :

جاء فى الروض النضير : « قال الموزعى : التجارة والبيع أمر معتاد فى الوجود ، وهو التماوض . ومعلوم أنه لا ينفك عن مساومة وخطاب . فلما وجدنا النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين السوم والبيع فى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يسم أحدكم على سوم أخيه ، ولا يبيع على يمينه » . علمنا أن البيع هو التعاقد الناقل للملك أحدهما إلى الآخر . فإن التساوم من مقدمات البيع .

ولما وجدنا الإشارة إليه فى الحديث كثيرة كما فى قوله صلى الله عليه وسلم لحيان بن منقذ : « إذا بعت فقل لا خلافة ، وأنت بالخيار ثلاثاً » ، وغير ذلك من الإشارات المستلزمة للتعاقد . فدل على أنه من عادتهم ، نخطبهم الله بلغتهم الجارية على عادتهم .

نعم جرت العادة بعدم التساوم والتعاقد فى المال الحثير . فيكفى فيه التعاطي ، لأنه يسمى بيعاً لغة وعرفاً ، واختاره جماعة من الشافعية ، وأما أبو حنيفة فلم يشترط التعاقد فى التبائع أخذاً بظاهر الخطاب .

ويؤيده أنه قد تقرر فى القواعد الفقهية المتفق على صحتها أن كل ما رتب الشارع

عليه حكماً ، ولم يحد فيه حداً ، يرجع فيه إلى العرف . . . وقد علم أن عادة الجاهلية في زمن النبي صلى الله عليه وسلم أنهم يعتبرون في نفوذ البيع صوراً يجمعونها قرائن الرضا والانسلاخ ، ولا ينفصل أحد المتبادلين عن الآخر إلا بفعل أيها ، وهي على صفات متنوعة أقر الشارع بعضاً منها ، وأبطل بعضاً . فما أبطله المنابذة ، والملازمة ، وطرح الحصة ، ونحوها مما عدوها قرينة للانسلاخ ، ومما أقره لفظ البيع والشراء اللذين ورد بهما النص القرآني كقوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا . . . » وكذا قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تباعتم » . ولم يقل إذا تلامستم ، أو تنابذتم . والاختصار على ذكر التبايع دليل على كون لفظه وما في حكمه من الألفاظ المؤدية لمعناه معتبراً في نفوذ العقد وليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة^(١) . » .

ولعل أوضح نص على إحلال اللفظ المكان الأول هو ما ذكره صاحب مفتاح الكرامة حيث يقول : « ويستفاد من أخبار معتبرة عدم الاكتفاء بمجرد القصد والإشارة ، وأنه لا بد من اللفظ لقوله [أبو عبد الله جعفر الصادق] عليه السلام : إنما يحرم ويحلال الكلام ، وإن اقتضت عدم جواز التصرف ، لكنها معارضة بالسيرة المستمرة ، والإجماع المعلوم والمنقول^(٢) » .

وفي جواهر الكلام : « ولا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك . . . لحصر الشارع أسباب الملك في العقود . فالعاطاة تفيد إباحة لا غير^(٣) » .

٢٥٧ — الروضة الفنية : تناول أصحاب الرأي المضيق نقد التعاطي كوسيلة لانتماء العقود من الوجهة الفنية على صور متعددة ففهم من ذهب إلى أن التعاطي يستعصى على الإثبات ، فلا مناص إذن من عدم الاعتداد به في إنشاء التصرفات . ويشير الشيرازي صاحب الميزان إلى هذا المعنى بقوله :

« ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم : إنما البيع عن تراض . والرضا خفي . فاعتبر ما يدل على ذلك من اللفظ . لاسيما إن وقع تنازع بعد ذلك بين البائع والمشتري ،

(١) الروض النضير ، المرجع السابق .

(٢) مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ٣ .

(٣) جواهر الكلام ، ص ٣٩ ، س ٢ .

وترافعا إلى الحاكم ، فإنه لا يقدر على الحكم بشهادة الشهود ، إلا إذا شهدوا بما سمعوه من اللفظ ، ولا يكفي أن يقولوا رأيناه يدفع إليه دنائير مثلاً ثم دفع إليه حماراً مثلاً^(١) . ويشير الرملى إلى عدم قدرة التعاطى على إظهار الرضاء الخفى بقوله . « والرضاء أمر خفى لا اطلاع لنا عليه ، فجملت الصيغة دليلاً على الرضاء ، فلا يندقد بالمعاطاة ، وهى أن يتراضيا ولو مع السكوت منهما^(٢) » .

على أن أهم دليل فى يستند إليه نفاة التعاطى فى شكهم فى صلوحه كوسيلة للانعقاد ، هو كونه أداة ظنية ، لا تحمل فى جنباتها القطع والبتات والحسم على وجود الإرادة ، ذلك لأن التعاطى يحمل معنى المبادلة . وهو عنصر مشترك بين عديد من المعاوضات المالية وليس بمقصود على البيع . فإذا ما قبلنا التعاطى الذى ينظم إرادة المبادلة المحضة كوسيلة للتعبير ، فإلى أية معاوضة من هذه المعاوضات نصر فيها ؟ وكيف يتسنى لنا التمييز بين هذه المعاوضات وقد جاء التعاطى خالياً عن كل لفظ يرسم حدودها ؟ فلا مناص إذن من الرجوع إلى « القول المترجم عما فى النفس » كما يقول الحميمى إنه الوحيد الضامن للقيام بهذا التحديد ، أما « مجرد الرضاء بالمبادلة » فلم ينصهر فى بوتقة اللفظ القادرة على إعطائه صورة المبادلة المرادة المنضبطة فهو هدر ولو تم عن طريق التعاطى .

ويقول صاحب الروض النضير فى هذا المعنى : « والافتصار على ذكر التبائع دليل على كون لفظه وما فى حكمه من الألفاظ المؤدية لعنايه معتبراً فى نفوذ المقد . وليس البيع هو مجرد الرضاء بالمبادلة ، والا لا كان ثمة فرق بينه وبين سائر الانشاءات . رددت كونها أنواعاً متباينة ؛ كالبيع ، والإجارة ، والرهن ، والهبة ، والصدقة على عوض ، والصلح بالمال ؛ ولكل منها ماهية تخصه . والرضاء المقترن بالمعاوضة جنس شامل لجميع تلك الصور ، فلا بد فى معرفة كونه بيعاً من هبة ، أو هبة من صدقة أو رهناً من إجارة ، ونحو ذلك . من بيان كل منها باسم يخصه وليس إلا القول المترجم عما فى النفس . وإلا كان رجوعاً بالبيان إلى غير ما جعل الله أمره إليه^(٣) » .

(١) الميزان للشعرانى ، ج ٢ ، ص ٥٤ ، س ٣٤ .

(٢) هاية المحتاج للرملى ، ج ٣ ، س ٤ .

(٣) الروض النضير ، ج ٣ ، ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

(١) الاعتراض على رأى المضيق

٢٥٨ — لم يكن مسلك الرأى المضيق بالمسلك المقبول. ولم تقو أدلته العقلية والفنية على الوقوف أمام أدلة أنصار الرأى الموسع، ونورد فيما بلى هذه الأدلة وهى ترى كما سنرى إلى نقي الأدلة المزعومة التى توجب استمهال اللفظ وتثبت الأدلة العقلية والفنية، التى توجب التعويل على التراضى، ومن ثم التعاطى كأداة للتعبير عنه.

٢٥٩ — الرد على الدليل العقلى : الدليل القرآنى : لم يجد الفقهاء فى الآيات التى استند إليها أصحاب الرأى المشدد، ما يكفى لدعم نظرهم فى حصر وسائل التعاقد بالألفاظ. فآية: « وأحل الله البيع وحرم الربا » التى استند إليها هؤلاء لم يكن الغرض منها بيان وسائل التعبير، وإنما كان الغرض منها بيان حلية البيع. وإلى هذا أشار صاحب المغنى بقوله: « ومنهجه الشافعى رحمه الله أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا: **ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع الى العرف** ^(١) ». وكذا آية « وأشهدوا إذا تباعتم » التى استند إليها صاحب الروض النضير، فلم يكن الغرض منها بيان وسائل التعبير، وإنما كان الغرض منها بيان ضرورة الإشهاد.

ونازع المحقق المقبلى، فى صلاح أدلة القرآن والسنة لدعم دعوى المشددين، إذ يقول: « هذا بناء على أن مسمى البيع والمباينة ونحوها هو هذه الألفاظ ولا دليل لهم عليه. بل العبرة بالرضا بالمبادلة والدلالة على الأخذ والإعطاء أو أى قرينة، والألفاظ التى شرطوها إحدى القرائن فقط. ولم يجىء بما قالوا كتاب ولا سنة ^(٢) ».

ويلاحظ هنا أن ما ذكره ابن قدامة والمحقق المقبلى يعتبر ردًا قاطعًا على الأدلة القرآنية التى جاء بها صاحب الروض النضير. ولئن قرر هذا الأخير فى مختتم استدلاله:

(١) المغنى، ج ٤، ص ٤.

(٢) الروض النضير، المرجع السابق.

إن من لا يعتمد على اللفظ « يرجع بالبيان إلى غير ما جعل الله أمره إليه » باعتبار أن البيان وهو القرآن الكريم قد نص على ذكر التبايع فنحن نقرر بدورنا إن من لا يعتمد على الرضا « يرجع بالبيان إلى غير ما جعل الله أمره إليه » وباعتبار أن القرآن الكريم قد نص صراحة على وجوب مراعاة الرضا في آيته الكريمة : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . . . !

(٢) دليل السنة : وقد تصدى لدحض دليل السنة الذي عول عليه المشددون كل من الفقيه الحنبلي ابن قدامة والفقيه الحنفى الجصاص .

قال الأول في المغنى : « ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول . ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع بما تم به البلوى ، فلو اشترط له الإيجاب والقبول ، لبيّنه صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ، ولم يخف حكمه ، لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال بالباطل . ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه .

وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول في الهبة ، والهدية ، والصدقة ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من أصحابه ، استعمال ذلك فيه . وقد أهدى إلى رسول الله (ص) من الحبشة وغيرها ، وكان الناس يتجرون بهداياهم يوم عائشة ، متفق عليه . . .

وفي أكثر الأخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول وليس إلا المعاطاة ، والتفرق عن تراض يدل على صحته (١) .

وأدلى الفقيه الجصاص في كتابه القيم « أحكام القرآن » بأدلة هي على غاية السداد والإحكام ، في دحض الأسس التي استمدها المتشددون من السنة لدعم دعواهم ، وقد وضع في كلامه هذا الأمور في مواضعها ، وأظهر إلى حد كبير مدى التكلف

(١) المغنى ، ج ٤ ، ص ٤

الذى يمانية المتشددون فى إرهابهم للنصوص لىكى تستجيب إلى عبادتهم للفظ .
ويكفى أن تقارن بين أدلته وما جاء فى الروض النضير ، لىكى نتحقق من صدق ذلك .
قال حجة الإسلام أبو بكر الجصاص :

« فإن قيل على ما ذكرنا — من قول أصحابنا فى المتساومين إذا تساوما على السلعة ثم وزن المشتري الثمن وسلمه إليه ، وسلم البائع السلعة إليه : أن ذلك بيع وهو تجارة عن تراضٍ — غير جائز أن يكون هذا بيعاً . لأن لمقد البيع صيغة ، وهى الإيجاب والقبول بالقول ، وذلك معدوم فيما وصفت . وقد روى عن النبي (ص) أنه نهى عن بيع المنابذة ، والملاسة ، وبيع الحصة . وما ذكرتموه فى معنى هذه البياعات التى أبطلها النبي (ص) لوقوعها فى غير لفظ البيع » .

وبعد أن يستعرض أبو بكر رأى المتشددىن وطريقتهم فى الاستدلال بحديث بيع الملاسة ، التى أفضى بهم نفهم للمعاطة وتصيدهم لدليل يدعمه إلى فرض الشبه بينها وبين المعاطة ، يمضى الفقيه المحقق فى بيان العلة الحقيقية لتحريم بيع المنابذة . وينتهى إلى أن مناط هذا التحريم ليس هو جريان هذا البيع بالأفمال ، كما ذهب إليه المتشددون ، وإنما هو الفرر الذى يدور حوله هذا البيع ويفضى إلى أكل مال الناس بالباطل . وعليه ليس ثمة مجال لقياس المعاطة على الملاسة . لأن الأولى تفضى إلى أكل مال الناس بالحلال ، فهى واجبة الأخذ . أما الثانية فتفضى إلى أكل مال الناس بالباطل ، فهى واجبة النبد .

يقول صاحب أحكام القرآن : « ليس ما أجازة أصحابنا مما نهى عنه النبي (ص) . وذلك لأن بيع الملاسة هو وقوع العقد باللمس ، والمنابذة وقوع العقد بنبذه إليه ، وكذلك بيع الحصة هو أن يضع عليه حصة . فيتكون هذه الأفمال عندهم موجبة لوقوع البيع . فهذه بيع معقودة على المخاطرة . ولا تعلق لهذه الأسباب التى علقوا وقوع البيع بها بعقد البيع .

وأما ما أجازة أصحابنا فهو أن يتساوما على ثمن يقف البيع عليه ، ثم يزن له المشتري الثمن ، وسلم البائع إليه المبيع . وتسليم المبيع والثمن من حقوق البيع وأحكامه .

فلما فصلا موجب العقد من التسليم ، صار ذلك رضا منهما بما وقف عليه
العقد من السوم .

ولس الثوب . ووضع الحصة ، ونبذه ، ليس من موجبات العقد ولا من
أحكامه . فصار العقد معلقاً على خطر ، فلا يجوز . وصار ذلك أصلاً في امتناع وقوع
البياعات على الأخطار ، وذلك أن يقول : بعتسكه إذا قدم زيد ، وإذا جاء غد ،
ونحو ذلك ^(١) .

٢٦٠ — الرد على الريل الفنى : سبق أن أشرنا إلى أن الدليل الأهم
الذى عول عليه أنصار الرأي المضيق في نفهم التعاطى هو ظنيته . ونشير هنا إلى أنه
لما يدعو إلى الاستغراب أن يعولوا على هذه الظنية في عدم اعتدادهم بالتعاطى في الوقت
الذى يعترفون فيه بالتعبيرات اللفظية الكنائية كوسائل للتعمير عن الإرادة رغم كونها
تعبيرات ظنية . وفيما عدا ذلك فإننا نرى أن هذه الظنية ليست من الأهمية بحيث تدعونا
إلى رفض التعاطى دفعة واحدة رغم ما يقدمه من تسهيلات في الحياة العملية .
ذلك لأن التعاطى إذا كان وسيلة مشتركة بين كل المعاوضات ، وإذا كان هذا
الاشتراك قد يدعو إلى الخلط بينها ، ففي الظروف الخارجية والداخلية للتصرف
ما يثير السبيل ، للاستهداء إلى طبيعته ، وتكليفه التكيف الصحيح . وهل هو
بيع ، أم إجارة ، أم غير لك . فإذا ما ذهب شخص إلى مؤجر دراجات واستأجر
منه دراجة على سبيل التعاطى لقاء درهيمات معدودة ، فليس ثمة مجال ألتمة للتساؤل
عما إذا كانت هذه العملية التعاقدية بيعاً أم إجارة . ما دامت ظروفها الداخلية
والخارجية تنطق بتكليفها ؟ . . . فالتعاطى إذن ليس هو مجرد الأخذ والإعطاء ،
بل ثمة شيء مأخوذ ، وشيء معطى ، ولئن كان الأخذ والإعطاء مشتركاً بين كل
المعاوضات ، فليست الأشياء المأخوذة ، والأشياء المعطاة متساوية فيها كماً وكيفاً . إن
هذا التكيف ، وذلك الكم ، يضمنان لنا تكليف العملية التعاقدية من الناحية
الداخلية سيما إذا أضفنا إليهما ظروف الصفقة الخارجية المقارنة من عرفية وغيرها .

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ، ص ١٧٣ .

(٥) تفسير موقف نفاة التعاطى

٢٦١ — نستطيع أن نقرر بعدما تقدم أن أنصار التعاطى قد نجحوا في تفنيد دعوى نفاة ، وما استندت إليه من أدلة عقلية وفنية . ونسأل هنا : لأن بان لنا فشل الأدلة التي استند إليها نفاة التعاطى فكيف يفسر موقفهم ؟ وما هو السبب الحقيقي الذي دعاهم إلى اتخاذ هذا الموقف ؟

إن السبب الحقيقي الذي دعا نفاة التعاطى إلى إقرار مبدأ اللفظية ، ودعاهم من ثم إلى التنقيب عن الآيات والأحاديث التي تسوغ وجوده ، وما يستتبعه من نفي للتعاطى ، هو كامن في نظرنا في المستوى الحضارى للبيئة التي عاش فيها هذا المبدأ وبلغ أشده . فلقد قام هذا المبدأ في عصر كان للشككية فيه الدور الأهم في تكوين العقيد لدى بقية الشعوب وبصورة خاصة لدى الرومان . ولئن قفز الفقه الإسلامى بمبدأ الرضاية تلك القفزة الرائعة ، فاعتبر كل إيجاب وقبول عقداً ، فقد كان لامعدي للفقهاء من تخفيف حدة هذه الطفرة ، عن طريق إثقال هذا المبدأ بقيد يلجمون به غلواءها . وقد وجدوا في قيود الصيغة خير ما يبعث على الطمأنينة في الرضا الذي صب في قالبها . على أن مدى أعمال الفقهاء لهذه القيود يختلف من مذهب إلى آخر ، فبينما يذهب رأى الموسع إلى الإقتصار على إثبات اللفظ على غيره من وسائل التعبير وإقرار التعاطى كوسيلة للانعقاد . نرى الرأى المضيق هنا يذهب إلى التحويل على اللفظ فحسب ، وينبذ غيره من وسائل التعبير الطليقة من القيود كالتماطى ، مضحياً في ذلك بحرية وسائل التعبير ومرونتها في سبيل ضبطها ودقتها ^(١) .

هذا ولم يفت نفاة التعاطى أن يبحثوا عن سند يدعمون به هذه القيود الدخيلة على الرضا ، فتذرعوا بالأدلة الفنية تارة يرضون بها حاجة العقل للتسوية ، وتذرعوا بالأدلة العقلية تارة أخرى يرضون بها حاجة الماطفة ، على أن هذه الأدلة وتلك ليست — كما ثبت لدينا — سوى ستار تتقنع به عجلة الصناعة الفقهية في هذه المذاهب المضيق ، تلك العجلة التي

(١) وقد نبه الشعرائى إلى عدم انضباط التعاطى لدى القضاء وتفسير استخلاص الإرادة التعاقدية منه (راجع ما سبق ص ٢٥١) . ولعله يصدق هنا ما قاله ابهرتق من أن : «الصناعة القانونية القديمة لاتواجه الصعوبات التي تعترضها بل لا تحجم عن اللف والدوران حولها (روح القانون الرومانى ، ج ٤ ، ص ٩ — ص ١٣) » .

تتجاوب في سيرها مع عجلة التطور الحضارى للبيئة التى عاش فيها بُنائتها . وإذن فقد كان يبدو لأصحاب هذا الرأى المضيق أنهم مقودون فى استدلالهم من الأمام والواقع أنهم مقودون من الخلف !...

§ ٣ — الرأى الموسع : مثبتو التعاطى

٢٦٢ — لعل هذا الرأى الموسع لا ينافى الرأى السابق فى كون التعاطى أداة دالة على الرضا ، فكلها يرى فى التعاطى دليلاً على الرضا^(١) وإنما يختلفان فى إكساب هذه الدلالة ثوباً شرعياً تستطيع به توليد الآثار الشرعية . وهنا نجد محز الخلاف بين الرأين . فالرأى المضيق يذهب إلى أن الشارع اعتبر هذه الدلالة قاصرة عن توليد الأثر لظنيتها . أما الرأى الموسع فقد ذهب إلى أنه ليس ثمة ما يطمئن فى قطعية هذه الدلالة على الرضا فهى إذن قادرة على توليد الأثر .

ونورد فيما يلى النصوص الفقهية التى تشير إلى مختلف الأدلة التى استند إليها مثبتو التعاطى لدعم رأيتهم :

(١) الكتاب : جاء فى أحكام القرآن للجصاص : « وهو [التعاطى] أن يساومه على شئ ثم يزن له الدراهم ويأخذ البيع . فجعلوا ذلك عقداً لوقوع تراضيهما به وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه ... فهذه الوجوه التى ذكرناها هى طرق التراضى

(١) ونورد فيما يلى النصوص الفقهية التى تشير إلى دلالة التعاطى على الرضا لدى أصحاب الرأى المضيق :

فقد جاء فى نهاية المحتاج : « فلا ينعقد بمعاطاة وهى أن يتراضيا مع السكوت . » وجاء فى الروض النضير : « وليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة ... والرضا المقترن بالمعاوضة جنس شامل لجميع تلك الصور . »

وجاء فى مفتاح الكرامة : « وليس التراضى مع التقاض منها [العقود] قطعاً . » وجاء فى جواهر الكلام . « ولا يكفى مجرد الرضا ... فالمعاطاة تفيد إباحة . » وجاء فى تحرير المجلة : « والمعاطاة يراد بها الرضا بإباحة التصرف . »

وإذن فلا يشك أنصار هذين المذهبين فى توافر الرضا بالتعاطى ، وإنما يختلفون فى إعمال هذا التعاطى الذى توافر فيه الرضا . فالبعض أهمله ، كما رأينا فى الرأى المضيق ، إهداراً لا يركز على أساس جدى . والبعض بعث فيه الحياة ودفع به إلى التداول فى ميدان التعامل بالاستناد إلى أدلة وجهية أشرنا إليها فى المتن .

الشروط في قوله : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ^(١) . وجاء في المغني :
« ولنا أن الله أحل لنا البيع ولم يبين كيفيته » .

(ب) السنة : وجاء في أحكام القرآن « ونحر النبي صلى الله عليه وسلم بدّئات
ثم قال : « من شاء فليقتطع » فقام الأقطاع في ذلك مقام القبول للهبة في إيجاب
التملك » ^(٢) .

(ح) الإجماع : جاء في المغني : « إن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل
عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان ذلك إجماعاً » ^(٣) .

(د) العرف : ولعل أقوى سند ارتكز عليه أنصار هذا الرأي هو العرف ،
وسنرى أن المذاهب الثلاث عولت عليه في دعم رأيها الموسّع :

(١) فقد قال الجصاص وهو فقيه حنفي : « وقد قال أصحابنا فيما جرت به العادة
بأنهم يريدون به إيجاب التملك ، وإيقاع العقد أنه يقع به العقد . وهو أن يساومه
على شيء ، ثم يزن له الدراهم ، ويأخذ المبيع . فجمعوا ذلك عقداً ، لوقوع تراضيهما به ،
وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه وذلك :

لأن جريان العادة بالشيء كالنطق به ، إذا كان المقصد من القول الإخبار عن
الضمير والإعقاد ، فإذا علم ذلك بالعادة مع التسليم للمعقود عليه ، أجزوا ذلك مجرى
العقد . وكما يهدى الإنسان الغيره فيقبضه ، فيسكون قبولاً للهبة » ^(٤) .

(٢) وقال ابن قدامة الحنبلي : « ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب
الرجوع إلى العرف كما رجع إليه في القبض ، والإحراز ، والتفرق . والمسلمون في
أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم ، معلوماً عندهم ، وإنما
علق الشرع عليه أحكاماً ، وبقاه على ما كان ، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم » ^(٥) .

(١) أحكام القرآن للجصاص ، ج ٢ ، ص ١٧٣ ، س ٢٩ .

(٢) المرجع السابق . البدنة ناقة أو بقرة سميت بذلك لأنهم كانوا يسمونها .

(٣) المغني ، ج ٤ ، ص ٤ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ، ج ٢ ، ص ١٧٣ ، س ٢٨ .

(٥) المغني ، ج ٤ ، ص ٤ .

(٣) وقال الخطاب المالكي: « إن الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع ، هو ما يدل على الرضا ... وسواء كان قولاً ... أو كان فعلاً كالمعاطاة وهي المناولة قاله في الصحاح وقال الشيخ رزوق ، هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثل من غير إيجاب ولا استيجاب .

لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بموضع رضا فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة » .

وجاء أيضاً : « إن الأفعال وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منك ، فتسكني دلالة العرف في ذلك على طيب النفس ^(١) » .

وقال الصاوي : « ومحل أجزاء المعاطاة حيث أفادت في العرف ولا تلزم إلا بالدفع من الجانبين . فيجوز التبديل في نحو الخبز بعد أخذه وقبل دفع الدراهم لا بعده للربوية والشك في التماثل لتحقق النفاضل ^(٢) » .

(هـ) المقول : والأسباب الموقولة إما أن ترجع إلى اعتبار عملي أو اعتبار فني

أما الإعتبار العملي فهو يرجع إلى رفع الحرج عن الأفراد وقد أشار إليه ابن قدامة بقوله : « وليس إلا المعاطاة ، والتفرق عن تراض يدل على صحته ، ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه المقود لشق ذلك ، ولـكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ^(٣) » .

أما الاعتبار الفني ، فهو دلالة التعاطي على الرضا ، وقد أشار إليه كل من ابن قدامة وابن القيم والجصاص . ففي المعنى : « إن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي ، قام مقامهما ، وأجزأ عنهما ، لعدم التعبد فيه ^(٤) » . وفي إعلام الموقعين : « فن عرف مراد المتكلم بدليل

(١) شرح الخطاب ، ج ٤ ، ص ٢٢٨ .

(٢) حاشية الصاوي ، ج ٢ ، ص ٣ .

(٣) المعنى ، ج ٤ ، ص ٤ .

(٤) المرجع السابق .

من الأدلة، وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم. فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان، عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أو كتابة، أو إيماء، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية، أو عادة له مطردة لا يخل بها^(١) .

وفي أحكام القرآن: « فعملوا ذلك عقداً لراضيهما به، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه . . . » وجاء في موضع آخر: « وتسليم المبيع والثمن من حقوق البيع وأحكامه، فلما فعلا موجب العقد من التسليم، صار ذلك رضا منهما بما وقف العقد عليه من السوم^(٢) » .

ولعل أقوى اعتبار في أشار إليه الفقهاء هو الإعتبار الأخير الذي ذكره الجصاص وكأنه يريد أن يقول فيه إن الماقدين، ينتقلان في التماطى طفرة واحدة من مرحلة السوم السابقة لتكوين العقد، إلى مرحلة التنفيذ اللاحقة لتكوينه فكأن لسان حالهما في مسلكهما هذا، يشير إلى أن مرحلة التعاقد نفسه التي تتوسط بينهما أصبحت أمراً مسلماً؛ إذ أن هذه المرحلة لم تقصد إلا لآثارها التي تحققت فعلاً في عالم الوجود، فلم نتساءل إذن عن واقعية المصدر الذي خلق هذه الآثار بعد أن غدت حقيقة واقعة؟ إن هذا المصدر لاشك واقع، ولو كان عدماً لما أنشأ وجوداً!! .

§ ٤ — تقدير أدلة الفريقين

٢٦٣ — سبق أن أشرنا إلى أننا نميل إلى الرأي الموسع لقوة مبناه. ولعل مرد قوة هذا الرأي يعود إلى تعويله على العرف من جهة، وعلى أدلة فنية سليمة من جهة أخرى، وعلى مبادئ دينية هي على مستوى عال من المرونة والخصوبة كبداً « رفع السر والخرج » الذي استند إليه ابن قدامة .

ولعل مرد وهن الرأي المضيق وصلابته يعود إلى ازوراره عن العرف وإغفاله له، وتقديسه بصورة سابقة للتجربة للصيغة العقدية .

(١) إعلام الموقعين، ج ١، ص ١٨٩، س ١٦

(٢) أحكام القرآن، ج ٢، ص ١٧٣ .

ولعلك تدرك الأسباب العميقة للفرجة بين هذين الرأيين إذا ما رجعت إلى أصول هذين المذهبين حيث تجد نصوصاً قاطعة الدلالة على إيمان الرأي الموسع بالعرف وازورار الرأي المضيق عنه . فبينما أنت تجد أن من المبادئ المقررة في المذهب المالكي — وهو من أنصار التعاطي — « أن ما يعمده الناس بيعاً هو بيع ^(١) » تجد أنه من المبادئ المقررة في المذهب الشافعي — وهو من نقاة التعاطي « أن المعاطاة على أصل المذهب لا يصح البيع بها ، ولو اعتيدت ^(٢) » .

وحتى لقد بلغ الأمر بالمذهب الحنبلي — وهو من أنصار التعاطي — أنه لم يقف عند حد السرف فحسب في إقراره للتعاطي ، ولغيره من وسائل التعبير . بل ذهب إلى أبعد من ذلك ، وأوجب العمل بالرضا مهما كان الطريق الموصل إليه ، عرفاً كان أو غير عرف ، ونعبد على مسامعك هنا ذاك الشعار الذهبي الذي يعبر فيه ابن القيم عن خصوبة مذهبه ومرونته في عبارة واضحة حيث يقول :

« فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده . والألفاظ لم تقصد لدوائها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان ، عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة ، أو كتابة ، أو إيماء ، أو دلالة عقلية ، أو قرينة حالية ، أو عادة له مطردة لا يخل بها ^(٣) » .

وهذا هو المسلك الذي ارتضاه فقهاؤنا المحدثون فقد جاء في كتاب الملكية ونظرية العقد لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة :

« فكل ما عمده الناس دالاً على البيع يتمم البيع به ، وكل ما يعتبره الناس دالاً على الإجارة فالإجارة تنعقد به . . . وليس لذلك حد لا في شرع ولا في لغة بل بتنوع بتنوع الناس ، كما تتنوع لغاتهم . . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الإصطلاحات في المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى ، إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم ^(٤) » .

(١) المفتي ، ج ٤ ، ص ٤ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٠١ .

(٣) إعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ١٨٩ ، ص ١٦ .

(٤) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبو زهرة ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

وجاء في « أحكام المعاملات الشرعية » لأستاذنا الشيخ على الخفيف : « الثالث
 إنها تنعقد بكل ما يدل على مقصود الماقددين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى العرف
 به أو لم يجر ، ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا ، لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع
 ويتمدد بتنوع الإصطلاحات وتمدها ، كما في تنوع اللغات وتمدها . وما اعتبرت
 الألفاظ والكتابة والإشارة إلا دوال على الإفهام ، وليست في الواقع إلا أنمالات
 قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدي ، فوجب أن تكون جميع الأفعال
 الدالة على الغرض مثلها ، إذ التفرقة بينهما حينئذ تعتبر تحكما ليس له مبرر . وإذن
 فالعبرة بالإفهام ، سواء أكان كل من الإيجاب والقبول كلاماً أو كتابة أو إشارة
 أو فعلاً ، أم كان أحدهما كلاماً والآخر كتابة أو إشارة أو فعلاً . فإذا قلت لإنسان
 « خذ هذا الكتاب بيمينه » فسلمته إليه ، تم البيع . وإذا ركبت الترام ، فأخذ منك
 الكمسارى أجر ركوبك ، تمت الإجارة . وإذا دفعت الثوب إلى الحائك ، فأخذ
 منك ، تمت الإجارة ، وهكذا . وهذا ما يتفق مع أصول مذهب مالك ، وهو ظاهر
 مذهب أحمد ، وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندى لقوة مبناه ^(١) . »

وعلى هذا رأى الموسع السليم جرت المادة ٧٩ من القانون المدني المراقى الجديد
 بما يأتي :

« كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة ، يكون بالكتابة ، وبالإشارة الشائعة
 الاستعمال ولو من غير الأخرس ، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ^(٢) ، وباتخاذ أى
 مسلك آخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضى ^(٣) . »

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ص ١٥٥ — ١٥٦ .

(٢) ولاحظ هنا أن جملة « ولو من غير الأخرس » وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى « هي حشو في
 المادة لا فائدة منه . ذلك لأن الشعار الأول منها هو استدراك لاجدوى منه ، أما الشطر الثانى فهو تزيد
 ذلك أنه يدخل في عموم عجز المادة ، الذى ينص على أن الإيجاب أو القبول يكون « باتخاذ أى
 مسلك لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضى » . أضف إلى ذلك أن عبارة « بالمبادلة
 الفعلية » التى تفيد المشاركة ، لاتتفق مع مطلع المادة التى نص على « الإيجاب أو القبول » كل على حده
 وواضح أن الإيجاب ليس هو المبادلة ، وكذلك القبول .

(٣) إن كلمة التراضى الواردة في عجز المادة لاتتفق مع مطالعها ، ذلك أن التراضى ظاهرة
 مركبة ، بينا الإيجاب أو القبول ظاهرتان بسيطتان ، وهما شطرا التراضى ، والأبقى بهذا =

الفرع الثالث

السكوت

٢٦٤ - السكوت المجرد والسكوت الملابس : السكوت هو التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة ، وهو قد يكون ساكناً في ظاهره وباطنه ، ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه ويدعى عندها بالسكوت المجرد . وقد يكون ساكناً في ظاهره ، متجهماً لإحداث الأثر الشرعي في باطنه ، ويدعى عندها بالسكوت الملابس ، وتستخلص إيجابيته عادة من ظروفه المقارنة^(١) . ونحن إذا رجعنا إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد فيه ميلاً ظاهراً إلى الإعتداد بالنوع الثاني دون الأول ، وهذا ما أشارت إليه المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية حيث نصت على أنه « لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان » . ويستفاد من هذه القاعدة الكلية أن الأصل في الفقه الإسلامي هو عدم الإعتداد بالسكوت . وأن الإستثناء الاعتراف به ، إذا كان مُلابساً ، أى إذا كان في معرض الحاجة . ونسكّم فيما يلي على المبدأ والإستثناء منه .

= المطلع أن تختم المادة بكلمة « المقصود » .
ونحن نرى أن نص المادة ٩٣ من القانون المدني السوري (٩٠ مصرى) هو أدنى وأوجز من نظيره في القانون المدني العراقي
جاء في القانون المدني السوري :

التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة ، وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود .

(١) يلاحظ هنا أن الفقهاء يطلقون على السكوت الملابس تعبيراً بطريق الدلالة . ففي البدائع (ج ٧ ، ص ١٩٢ ، س ٢٤) : « وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى ، فلا ينهأ ، ويصير مأذوناً . » وفي البدائع (ج ٦ ، ص ٢٢٥ ، س ٣٣) : « ثم الإنكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الإنكار . وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة . » وفي البدائع أيضاً (ج ٢ ، ص ٢٤٠) : « وللاطب قبض صدق ابنته البكر صغيرة كانت أو بالغة ... تحمل سكوتها رضاً بقبض الأب ... فكان مأذوناً بالقبض من جهتها دلالة . »

المطلب الأول

المبدأ : لا ينسب إلى ساكت قول

٢٦٥ - كان الإمام الشافعي رحمه الله هو أول من صاغ هذا المبدأ في عبارته الشهيرة « لا ينسب إلى ساكت قول » . ويبدو أن الإعتبارات التي حدت بالمذهب الشافعي إلى إقرار هذا المبدأ هي نفسها التي حدت به إلى نبذ التعاطي كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، فكلاهما في نظره تعبیر احتمالي ظني ، لا يجوز الإعتداد به . ولئن كانت المعاطاة تحمل معنى الإشتباه بين أنواع متقاربة من المعاضات ، فليس السكوت بأقل ظنية منها فهو قد يحمل معنى عدم الإلتباه والشروع ، أو عدم الإكتراث أو الإستهزاء أو الإستغراب ، أو الموافقة ، أو الإنكار أو الرفض ، إلى غير ذلك من المعاني . جاء في شرح المنار في هذا المعنى : « وقال الشافعي لا يكون - سكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى - إذئالة ، لأن سكوته يحتمل أن يكون للرضاء بغيره ، وأن يكون لفرط غيظه ، والمحتمل لا يكون حجة^(١) » . وجاء في المبسوط : « إن سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ماله - محتمل ، قد يكون بطريق الرضاء ، وقد يكون بطريق التهاون وقلة الإلتفات إلى تصرف الفضولي ، وقد يكون بطريق التعجب ، أى لماذا يفعل هذا في ماله بغير أمره ، وإلى ماذا تؤول عاقبة فعله ، والمحتمل لا يكون حجة^(٢) » .

المطلب الثاني

الاستثناء : السكوت الملبس ببيان

٢٦٦ - لم يلتزم الفقه الإسلامي مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت بصورة مطلقة ، بل جنح إلى الخروج عليه واعتد بالسكوت إذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالة تنصرف إلى الرضاء . على أن هذا الخروج يختلف من مذهب إلى آخر . فهو يتسع لدى المذاهب التي أثبتت التعاطي ، واعتدلت في نظرتها إلى لفظية الصيغة التصرفية .

(١) شرح المنار لابن ملك ، ص ٢٤٠ .

(٢) المبسوط ، ج ٣٠ ، ص ١٤٠ . وانظر الأم ، ج ٧ ، ص ٩٣ .

ويضيق لدى المذاهب الأخرى التي نفت التعاطي ، وتقيدت بلفظية الصيغة كالذهب الشافعي^(١) هذا وقد عدد ابن نجيم في الأشباه والنظائر سبعة وثلاثين حالة من الحالات التي يمتد فيها الفقهاء بالسكوت الملابس . ويلاحظ أن بعض هذه الحالات يخرج عن نطاق التصرفات القانونية^(٢) .

٢٦٧ — ويمكننا هنا أن نصنف التصرفات القانونية التي اعتد فيها بالسكوت في الزمر الآتية :

١ — الحالات التي تمحض فيها السكوت لمنفعة من وجه إليه ويدخل في ذلك سكوت التصديق عليه ، وسكوت المغوض ، وسكوت الموقوف عليه^(٣) وسكوت الموصى له^(٤) ، وسكوت المكفول له^(٥) ، وسكوت المدين عند إبراء الدائن له فهو قبول للإبراء حتى لو أراد بعد مجلس الإبراء أن يرفضه ، لم يكن له ذلك^(٦) .

٢ — الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين ويتصل بالإيجاب بهذا التعامل :

وهذا التعامل السابق قد يكون عقداً سابقاً لم يرتب القانون عليه أثراً كالرهن

(١) وكدليل على اقتصاد الشافعية — وهم من خصوم التعاطي — في تقبل السكوت الملابس كوسيلة للتعبير نضرب الأمثلة الآتية (١) سكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى فقد اعتبره الأحناف إذناً دفعاً للغرور عمن يعامل العبد ولم يعتد به الشافعية . (٢) سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ملكه : فقد اعتبره المالكية إذناً ولم يعتد به الشافعية (٣) سكوت الموقوف عليه فهو يعتبر رداً للوقف عند الشافعية دون سواهم .

(٢) كالحالة التي أشار فيها ابن نجيم إلى أن القراءة على الشيخ ، وهو ساكت ، ينزل منزلة نطقه . (الأشباه والنظائر ، ص ٧٨) .

(٣) ويلحظ هنا أن المادة التاسعة من قانون الوقف في الاقليم المصري قد اعتبرت سكوت من يمثل الموقوف عليه رداً للوقف مستندة في ذلك إلى المذهب الشافعي وقد علل الأستاذ محمد أحمد فرج السنهوري ، أحد واضعي مشروع قانون الوقف ، هذا الحكم بقوله : « أما اعتبار السكوت رداً فقد أريد منه وضع حد للأمر ، وألا يبقى الإستحقاق معلقاً ، لاتناوله هذه الجهة ولا يصرف إلى سواها ، وهذا معنى حسن ! (راجع شرح قانون الوقف من مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي ، ص ١٤٢) » .

(٤) راجع المادة ٢٢٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

(٥) راجع المادة ٦٢١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٦) راجع المادة ١٥٦٨ من مجلة الأحكام العدلية .

والهبة اللفظيين الذين لم يقرنا بالقبض . فإذا ما قبض المرتهن الموهون بعد العقد واقترن هذا القبض بسكوت الراهن ، اعتبر هذا السكوت إذناً بالقبض . وكذا الحال في الهبة فإذا ما قبض الموهوب له الموهوب بعد العقد ، وصاحب هذا القبض سكوت الواهب ، اعتبر سكوته إذناً بالقبض . ولعل اعتبار السكوت إذناً بالقبض في الحالتين السابقتين هو الثمرة الوحيدة لعقدي الرهن والهبة إذ لولا وجود هذين العقدين لكان السكوت المقارن للقبض عدماً لا يترتب عليه أى أثر . ويلاحظ هنا أن هذا الأثر هو الأثر الوحيد الذى جمل هذه العقود وأمثالها تدنو من العقود الرضائية إذ لولاه لمبطت إلى مستوى العقود العينية ولما اختلفت عنها فى شيء .

وقد يكون التعامل السابق عقداً ولد أثراً كحالة البيع الذى يملك البائع فيه حق الحبس على الشيء المبيع فإذا ما قبض المشتري المبيع بعد ذلك ، وسكت البائع ، اعتبر سكوته إذناً بالقبض . ويدخل فى هذه الحالات أيضاً سكوت أحد المتبايعين فى بيع التلجئة عن الاعتراض على تصحيح الآخر له بقوله : « قد بدا لى أن أجمل هذا العقد صحيحاً » وسكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى .

٣ — الحالات التى يستلزم فيها مبدأ العدالة اعتبار السكوت رضا « كسكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى ، فإنه يحمل إذناً له فى التجارة دفماً للفرور عن يمايل العبد^(١) » .

٤ — الحالات التى يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضا . كحالة اعتبار سكوت البكر قبولا للخاطب . وهذا الاعتبار يتقلب حسب تقلب العرف . ولئن اعتبر سكوت البكر قبولا فى ظل العرف السابق الذى عرفت فيه الفتاة باستحيائها من التصريح بالقبول ، خشية اتهامها بالليل إلى الرجال ، وهو أمر كان يجافى محاسن العادات فى ذلك العرف ، فليس ثمة فى نظرنا ما يدعو إلى اعتباره قبولا فى عرف هذا العصر الذى خرجت فيه المرأة من خدرها ، وكثر اختلاطها بالرجال ، وغلبت جرأتها على التصريح بقبول من ترغب فيه ورفض من ترغب عنه .

(١) شرح المنار ، المرجع السابق .

الفصل الثاني

التعبير عن الإرادة باللفظ

المبحث الأول

نقاط الالتقاء والافتراق بين مذاهب الفقه الإسلامي

في نظرتها إلى اللفظ كوسيلة للتعبير

٢٦٨ - إن المتفحص لطرق التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، سرعان ما يلمس السكينة المرموقة التي يحتلها اللفظ ، فالكلام هو الأداة الرئيسية لتبادل الأفكار وهو الوسيلة الأصلية للتعبير عن الإرادة . على أن نظرة المذاهب الفقهية الإسلامية لقيمة اللفظ ليست واحدة ، بل هي تتدرج من إغراق شديد في هذا التقدير ، إلى اهتمام كبير به ، ثم إلى اعتدال في النظرة إليه ومعاملته مع غيره من وسائل التعبير على قدم المساواة .

ويأتى مذهب الإمامية في طليعة المفرقين في تقديس اللفظ حتى أننا نجد منهم من يحتم كون التعبير عن الإرادة باللغة العربية لغير العربى ، ويلزم المآخذ بمراعاة أحكام البناء والإعراب في الصيغة المقدية ، قال عميد الدين : « يشترط في سائر العقود . . . وقوعها باللفظ العربى ، وفي جامع المقاصد يشترط وقوعها باللفظ العربى ، مراعى فيها أحكام الإعراب والبناء . . . لأن الناقل هو الألفاظ المخصوصة ، ومعلوم أن العقود الواقعة في زمن النبى صلى الله عليه وسلم ، والأئمة عليهم السلام ، إنما كانت بالعربية^(١) » .

وبعد مذهب الإمامية ، يأتى المذهب الشافعى وهو أقل غلواً من المذهب الإمامى إذ لم يشترط اللغة العربية ، ولم يشترط مراعاة حركات البناء والإعراب^(٢) .

(١) مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٦١ ، ص ٢٥ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ، ج ٣ ، ص ٨ .

على أن هذين المذهبين — وخلافاً للجمهور — اتفقا على عدم الاعتراف بالتعاطى كوسيلة للتعبير عن الإرادة فهو ليس يبيع ، ولا يفيد تملكاً ، بل هو غصب عند بعض الإمامية^(١). والشافعى يعتبر المالكى الذى يتعاقد مع شافعى عن طريق التعاطى عاصياً لأنه ساعده على معصية فالتعاطى يعتبر معصية^(٢).

وتساوى طرق التعبير عن الإرادة جميعها فى نظر المذهب المالكى فهو يعتمد بالانظر والكتابة والإشارة والتعاطى . وقد وصل الحد ببعض المالكية إلى إعمال الكلام النفسى فى بعض التصرفات^(٣).

٢٦٩ — على أن هذا التدرج الذى أشرنا إليه يخضع لتحفظات تشترك فيها هذه المذاهب جميعاً .

أولاً : لقد أقرت المذاهب الإسلامية جميعاً — حتى مذهب الإمامية المفرقة فى اللفظية — مبدأ تعاقد الأخرس بالإشارة^(٤).

ثانياً : اشتركت المذاهب الإسلامية جميعاً — حتى المذهب المالكى^(٥) — فى تحميم اللفظ فى عقد النكاح .

ثالثاً : اشتركت جميعها فى اشتراط قالب صينى معين لألفاظ التعاقد واعتدت جميعها بالإرادة الظاهرة فى صيغة الماضى ، وبالإرادة الباطنة فى صيغة المضارع كإسنرى .

رابعاً : اشتركت جميعها فى إقرار التعاقد بالكتابة بين غائبين^(٦) وهى فى هذا خضعت للضرورة ، وهو نفس المبدأ الذى جعلها تخرج عن لفظية التعبير فى تعاقد الأخرس .

وأخيراً : تشترك هذه المذاهب جميعاً فى احترامها للإرادة الحقيقية للمتعاقدين . وإن اختلفت فى طريقة التطبيق ، فالغاية واحدة والوسيلة مختلفة . ولئن كان يبدو لأول وهلة أن المفرقين فى تقديس اللفظ هم أشد الناس تجاهلاً لإرادة التعاقد ، فإن النظرة

(١) مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٥٠ .

(٢) نهاية المحتاج للرمل ، ج ٣ ، ص ٨ ، راجع ما سبق ، ف ٢٥٣ ، ص ٢٤٧ .

(٣) راجع ما سبق هامش ف ٤٠ ، ص ٣٨ — ص ٣٩ .

(٤) انظر ما سبق ، ف ٢٢٥ ، ص ٢١٥ .

(٥) جاء فى الشرح الصغير للدردير (ج ١ ، ص ٣٣٥ ، ص ٣٦) : « ولا تكن الإشارة ولا الكتابة إلا لأخرس » .

(٦) مع العلم بأن لدى المذهب الشافعى قولين كما مر .

المتفحصه لتدل بوضوح على أن هذه القيود المفروضة لم توضع إلا لحماية الإرادة الحقيقية نفسها وللوصول إليها خالصة من كل احتمال للتنازع والاختلاف^(١).

المبحث الثاني

تقدير نظرية اللفظية في الفقه الإسلامي

٢٧٠ — بعد أن عقدنا موازنة سريعة بين المذاهب الفقهية في نظرتها إلى اللفظ كوسيلة للتعبير ، يجدر بنا أن نناقش على ضوءها دعوى بعض الباحثين في إطلاقهم بأن الفقه الإسلامي يعمد في الاعتماد على اللفظ ، ثم نعمد إلى بيان المسوغات التي يستند إليها إشار اللفظ على وسائل التعبير الأخرى .

ونبحث فيما يلي : أولاً : مدى نظرية اللفظية .

ثانياً : مسوغات إشار اللفظ .

الفرع الأول

مدى نظرية اللفظية

٢٧١ — رأى الدكتور سفيح سحاته: يقول الدكتور شحاته في رسالته عن النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية ، تحت عنوان « نظرية اللفظية » ما نصه : « في الأصل لاشكالية في التشريع الإسلامي ، فالعقد ينعقد ، وتنشأ الإلتزامات ، دون حاجة إلى طقوس خاصة ، من حركات أو إشارات أو مراسم ، ويعتبر هذا من المميزات الأساسية للتشريع الإسلامي .

ولكن هل معنى هذا أن الإرادة وحدها تولد الإلتزام في التشريع الإسلامي ؟ » وقد أجاب المؤلف نفسه عن هذا التساؤل بأن الفقهاء لا يتقيدون في تكييفهم للعقود بألفاظ مخصوصة ، بل يعمدون إلى قبول أى لفظ يؤدي معنى العقد المقصود ، ثم قال : « ومع هذا كله فإن الواقع أن التعاقد لا يتم إلا بواسطة الألفاظ . ويوجد في الفقه الإسلامي نوع خاص من الشكالية نسميه « اللفظية » ، وهو أثر من آثار ما كان

(١) ويلحظ هنا أن المذاهب جميعها اشتركت أيضاً في إشار اللفظ على الكتابة في مجال الإثبات

يخص به اللفظ من التقديس في المصور الأولى ، حيث كان الناس يمتقدون بالتأثير
السحري للكلمات المتلفظ بها .

٢٧٢ — أودته : ويبدو أن المؤلف يقدم ثلاثة أدلة للتدليل على أن التعاقد لا يتم
إلا بالألفاظ في الفقه الإسلامي فهو يستند أولاً إلى عدم الاعتداد بإشارة الأخرس
والكتابة في التعاقد بين حاضرين ، فيقول : « أما في الفقه الإسلامي ، فهذه الألفاظ
تسمى « الصيغة » . وقد تتنوع هذه الصيغة فيكون لها « صور » كثيرة كما يقولون ،
ولكنها دائماً شرط من شروط الإنعقاد . حتى أنه إذا ما تبينت الإرادة من طريق
آخر كإشارة بالرأس ، فإن ينمقد العقد ، إلا إذا كان الأمر متعلقاً بالأخرس .
والكتابة نفسها لا تسكن في الأصل ، إلا إذا لم يتيسر النطق بالألفاظ ، فظروف
خاصة ، كعمد المسافة .

ثم ينتقل المؤلف إلى دليله الثاني مشيراً إلى اختلاف الفقهاء بالتعاطى بقوله :
« ولهذا السبب نجد الفقهاء على أشد الخلاف ، فيما يتعلق بحكم التعاطى . ويظهر
أنه في أول الأمر ، لم يتم التعاطى مقام اللفظ ، إلا عند ورود العقد على الأشياء
الخسيسة . على أنه في رأى البعض ، يشترط دائماً أن يكون التنفيذ قد تم من الجانبين ،
أى أن يكون البائع قد سلم المبيع والمشتري قد دفع الثمن . واشترط البعض أن يكون
تسليم المبيع قد تم بالأقل .

وهذا كله يدل على أنه إذا كان الفقهاء ، قد انتهوا إلى قبول فكرة التعاقد دون
أن ينسب التعاقدان بينت شفة ، فلم يكن ذلك منهم إلا بسد استيثارهم من وقوع عمل
ظاهرى يقوم مقام اللفظ . وقد نصوا صراحة على أن اللفظ « فعل » كالتعاطى .

ثم يعمضى المؤلف إلى الدليل الثالث مشيراً إلى عناية الفقهاء بصيغ التعبير اللفظى
الزمنية بقوله :

« ففكرة اللفظية بقيت هى الأصل ، حتى أنهم اشترطوا في اللفظ أن يكون
مستوفياً لبعض الشروط . من ذلك أن يوضع اللفظ في صيغة الماضى أو المضارع ...
وإذا استعمل اللفظ في صيغة الأمر ، فقد قالوا إن العقد لا ينعقد ، ولو كانت نية

الإلتزام متوفرة . وعلى العكس تقول بعض النصوص إن صيغة الماضي يتم بها المقدر ، دون حاجة إلى البحث في نية العاقد ، على أن هذه النية يبحث عنها إذا استعمل اللفظ في صيغة المضارع .

وأخيراً ينتهى المؤلف إلى استخلاص النتيجة الآتية : « فالمقدر إذاً هو في الأصل لفظي . أما أن الإرادة المجردة أو مجرد الرضاء يربط الشخص . فهذا من المبادئ الأخلاقية ، التي يعتمد التشريع عنها ، إذا مارى إلى مقانة البناء ذلك أن التشريع رائده التمسك دائماً بالحقائق الثابتة^(١) » .

٢٧٣ — تقرير هذا الرأي : ونحن لا نوافق المؤلف على النتيجة التي انتهى إليها في وصفه للفقهاء الإسلامى — أو للمذهب الحنفى بوجه خاص — بأنه يقدس اللفظ ، وأن الإرتباط بمجرد الرضاء فيه هو مبدأ أخلاقى لا يعتمد به .

وإننا نرى أن هاتين الشبهتين اللتين ألحقهما المؤلف بهذا المذهب هما محل نظر !

٢٧٤ — ذلك لأن الشبهة الأولى ، هي أليق بالمذهبين الشيعى والشافعى ، — اللذين يعتبران بحق من غلاة خصوم التعاطى ، وأنصار الصيغة اللفظية ، لاسيما المذهب الأول منهما — لا المذهب الحنفى ، الذى لم يلتزم جانب الضيق الذى التزمه ذانك المذهبان ، والذى اعترف المؤلف نفسه بأنه يقر التعاطى كوسيلة للتعبير عن الإرادة .

أما الخلاف الإجتهادى حول التعاطى فلم يكن على أشده في هذا المذهب ، كما يذهب إليه الدكتور شحاته ، بل لقد استقر على الاعتداد به . حتى رأينا فريقاً من أتباعه يعتقدون بالتعاطى ، ولو كان وحيد الجانب ، وهو أمر لم يصل إليه المالكية أنفسهم الذين يرون هذا الضرب من التعاطى منمقداً غير لازم^(٢) . وفيما عدا ذلك ، ألم يعترف الفقهاء الأحناف بالتعاقد بدلالة الحال وبالسكوت الملبس^(٣) فكيف يقال بعد هذا أنهم وصلوا في تقديسهم للفظ إلى درجة العبادة ؟ ! .

(١) النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلاميه ، ف ١٢٣ — ١٢٧ ، ص ١٣٠ — ١٣٢

(٢) راجع ماسبق ، ف ٢٤٩ ، ص ٢٤١ .

(٣) راجع ماسبق ، ف ٢٤٤ ، ص ٢٣٧ .

هذاولئن كانت مذاهب الفقه الإسلامى ، وحدة متماسكة فى حقيقةها ، رغم تعددها ، واختلاف اتجاهاتها ، وكان وراء هذا التعدد والاختلاف ينبوع واحد ، تستقى مند هذه المذاهب أحكامها ، وتمثله بطريقتها الخاصة ، وبمنطقها الخاص ؛ كان لامعدى لنا حين دراستنا لأحد هذه الاتجاهات ، أن نضعه إلى جانب نظائره ، لىكى تُعْطَى صورة كاملة عن تلك الحقيقة السكامة وراء هذه الاتجاهات المتعددة .

ولئن كنا قد اعترفنا بأن الشبهة التى أوردها المؤلف تليق ، إلى حد ما ، بالمذاهب المضيق فى الفقه الإسلامى ، فإنه ليندو من الظلم لهذا الفقه فى هذا المقام أن نفعل ذكر مذاهبه الموسعة ، التى التزمت فى أحكامها جانب التوسعة على المتعاقدين ، وتيسير أسباب التعاقد لهم ، كذهب مالك رحمه الله الذى وضع قاعدته السمحة الشهيرة : « مايمده الناس بيعاً فهو بيع » ، هذه القاعدة التى لن تجد فى تشريعات الأمم مايزها وضوحاً وتيسيراً ، والتى طبقت فى فقه مالك بدقة وأمانة ، فسمح فى هذا المذهب الرحب للماقد بأن يسلك أى طريق للتعبير عن إرادته ، وسواء أكان هذا الطريق لفظاً أو كتابة أو إشارة أو موقفاً لاندع ظروف الحال شكاً فى دلالة على الرضا . وكذهب ابن حنبل رحمه الله الذى يقرر نزوعه إلى الرضاينة على لسان فقيهه العظيم ابن قيم الجوزية فى عبارته الشهيرة حيث يقول : « فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها ، وإنما هى أدلة يستدل بها على مراد المتكلم . فإذا ظهر مراده ووضح بأى طريق كان ، عمل بمقتضاه . سواء كان بإشارة ، أو كتابة ، أو إيماء ، أو دلالة عقلية ، أو قرينة حالية ، أو عادة له مطردة لا يخل بها^(١) » .

وكما يقول فى موضع آخر :

« والصواب اتباع ألفاظ العبادات ، والوقوف معها . وأما العقود والمعاملات ، فإنما يتبع مقاصدها ، أو المراد بها ، بأى لفظ كان ، إذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا تنمدها^(٢) » .

(١) إعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ١٨٩ ، س ١٦ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٥٢ .

فإن هذا التصريح العظيم ، الذى يملن فيه ابن القيم استنكاره لمباداة الألفاظ من دعوى عبادة الفقه الإسلامى للألفاظ ، واعتقاده بتأثيرها السحرى ...!

٢٧٥ - أما الشبهة الثانية ، التى ذهب فيها المؤلف إلى أن الارتباط بمجرد الرضاء فى الشريعة هو مبدأ أخلاقى لا يعتمد به ، فهى تجافى الصواب ، ذلك أن هذا النظر الذى عول الدكتور شحاته فى إثباته على كتاب سبل السلام للفقيه الزيدى الصنمانى لا يمثل على إطلاقه رأى السائد فى الفقه الحنفى بوجه خاص ، ولا الفقه الإسلامى بوجه عام ؛ وهناك من الأدلة ما ينفيه ؛ من ذلك ما قاله الزيلعى الحنفى : « جواز البيع باعتبار الرضاء لا بصورة اللفظ^(١) » ، وما قاله الكسانى الحنفى : « إن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذى أوقعه^(٢) » ، وما جاء على لسان الفقيه الحنبلى ابن تيمية ، حيث يقول : « والأصل فى العقود رضا المتعاقدين وتنجيها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد^(٣) » .

ولعل ما نقله الدكتور شحاته عن الصنمانى يمثل رأى المذهب الزيدى الذى يدين به هذا الفقيه ، ويمثل رأى المذهب الجعفرى الذى شعاره ما جاء على لسان إمامه أبى عبد الله جعفر الصادق حيث يقول : « إنما يحرم ويحلل الكلام^(٤) » . وكلا هذين المذهبين كما رأينا هو من غلاة نفاة التعاطى وأنصار الصيغة اللفظية .

ننهى مما تقدم ، إلى أن القلة من المذاهب قد تقيدت بالزرعة اللفظية المفرطة فى الفقه الإسلامى ، أما الأكثر ، فقد خرجت إلى فناء الرضائية ، وتحللت من قيود اللفظية ؛ وإلى هذا يشير الأستاذ الدكتور السنهورى ، إذ يقول : « ولنا بعد ما قدمناه أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامى ، فى مذاهبه المختلفة ، أن هناك ميلا واضحا إلى العدول عن مذهب اللفظية الضيق الذى التزمه الشافعى فى بعض الروايات عنه^(٥) ،

(١) تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ٤ .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٥٩ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٢٣٩ .

(٤) مفتاح الكرامة للعامل ، ج ٤ ، ص ١٥٧ .

(٥) ونشير هنا إلى أن المذهب الشافعى لم ينفرد بالترام مذهب اللفظية بل وجد إلى جانبه مذاهب الشيعة التى برزت فى هذا الالتزام وكانت أكثر منه إمعانا فى نفىها للتعاطى كما مر .

وإلى اعتبار التعاقد جائزاً بالرسالة وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطى ، من حيث دلالة كل ذلك على التراضى ، ومن ثم إلى اعتبار التعاقد جائزاً بأى مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضى ، وفي هذا يتلاقى الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى^(١) .

الفصل الثانى

مسوغات إيثار اللفظ

٢٧٦ — انتهينا عما تقدم إلى أن رأى السائد فى الفقه الإسلامى كان يتجه إلى الاعتداد بأى موقف يدل على الرضا ، وأن بعض المذاهب قد جنحت إلى منح اللفظ مزايا خاصة لم تحظ بها وسائل التعبير الأخرى ، ورأينا أيضاً أن الفقه الإسلامى ظل إجماعه منعقداً على إيثار اللفظ على غيره من وسائل التعبير عن الإرادة فى عقد النكاح ، لا يريم عنه . وتنسأل هنا : لم حظى اللفظ فى الفقه الإسلامى بهذه المكانة بين نظائره من وسائل التعبير ، وما هى المزايا التى يتحلى بها والتى حدث بالمذاهب الفقهية إلى إيثاره على غيره ؟

٢٧٧ — مزايا اللفظ : الواقع أن للألفاظ مزايا عدة : فعلى جرسها تنعكس شخصية صاحبها ، ومن طابعها نعرف انفعالاته وميوله ورغباته ، ومن رنينها نعرف على سنده ، فهى مرآة مطابقة ، وسفير صادق ، يبر عن النفس فى مجموعها ، شعورها ولا شعورها ، عقلها الواعى وعقلها اللاواعى ، وإن شئت فقل هى صدى لشخصية الإنسان وكيانه ، فمنها نعرف على صحته ومرضه ، وسخطه وغضبه ، وانبساطه وانقباضه ، وفرحه ورحه ، وهى الكاشف الأثيرى لهذه الشخصية ، إذا ما حال بيننا وبينها حجاب مادى ؟ وهى كاشف لا يخطئ ، فقد أجريت إحصاءات لمعرفة مدى صدق الصوت فى تعبيره عن سن صاحبه — عن طريق إسماع المميزين لهذه الأصوات لأصوات أصحابها وهم يدلون بها من وراء حجاب — فأفضت هذه الإحصاءات إلى تمييز لا يخطئ . إن نحية عادية يرسلها الإنسان إلى أصحابه حين يلقيهم تكشف فى ثناياها عما أودعه فيها صاحبها من غموم يعنق بها الصدر ، أو مسرات تنفرج لها النفس ؛

(١) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ١٢٥ — ١٢٦ .

وهكذا ينطلق الصوت وهو يختلط مع أنفاس الصدر خير معبر عن ذاك العكر
الصدري أو هذا الصفاء النفسى .

٢٧٨ — الموازنة بين اللفظ والكتابة : هذا ولسنا نعتقد أن الكتابة تضارع

اللفظ ، منافسها ، فى مزاياء بل هى تتخلف عنه ، ذلك أن الأحرف المكتوبة هى
أحرف مادية ، عقيمة ، ميتة . ترسم منفصلة عن شخصية صاحبها ، وهى بهذا
الرسم تخرج من النطاق الذاتى النسبى إلى النطاق الموضوعى المطلق . أما الأحرف
المفوضة فهى تنطلق متصلة بشخص صاحبها ، وهى بهذا الاتصال تعبر عن لونها الذاتى
النسبى ، وتبرز فيها معالم الحياة والخصب ، تلك المعالم التى تجردت عنها الكتابة على
أديم الورق . ويكفى أن نمود إلى مثال التحية السابق للتدليل على صحة هذه الموازنة .
إن تلك التحية التى كشف اللفظ عن ملابسها بجلاء ، سرعان ما تفقد حيويتها إذا
ما صبت بأحرف مقبورة مكتوبة ، ذلك أن خصائص الحياة تتمطل فيها آنذاك ،
فتنقلب حرارة الحياة فيها إلى برودة الموت . ولهذا السبب نفسه كانت الكتابة أطوع
إلى بنان المنافقين فى إخفاء رباهم ونفاقهم . فالكتابة لهم هى نعم القناع الذى يخفى
معالمهم الحقيقية ويساعدهم ، بما يحمله من موضوعية وإطلاق ، على تضليل غيرهم . أما
اللفظ فقلما يخلص لصاحبه فى تقيته ، وقلما يطيعه فى إخفاء ما يختلج فى ضميره ، إلا إذا
كانت إرادة صاحب التعبير قد منحت من القوة قدراً يساعده على التحكم فى هذا
الإخفاء ، يلجأ به اختلاجات النفس الحقيقية ، ويحول به دون الإفصاح عن صورته
الصحيحة . هذا ، وإلى جانب ميزة الوضوح التى يحظى بها اللفظ ، نجد ميزة الشمول ؛
فاللفظ نافذة تطل منها النفس بمظاهرها الثلاثة : العاطفية والعقلية والإرادية ، أما
الكتابة فهى نافذة وحيدة الجانب تحمل معنى الإخبار ، وهو جانب عقلى محض
لا أثر فيه للعوامل الوجدانية والإرادية ، فالبايع الذى يكتب (بعت) على الورقة
بصورة صامتة لا يستطيع أن تتبين منها مدى هذه الإرادة من الجزم (وهو مظهر إرادى)
ولا الرضا (وهو مظهر عاطفى) ولسنا نستبين من هذه الصيغة المكتوبة إلا مظهراً
واحداً فقط هو الإخبار (وهو مظهر عقلى فقط) أما لو حل اللفظ محل هذه الكتابة
فنجده هذه المظاهر الثلاثة جميعاً تندمج فى هذا اللفظ وتساهم فى أداء معنى متكامل

يمبر عن اتجاه الشخصية في مجموعها . فالجزم الذي يتجلى في نبرات الصوت ، والذي غالباً ما نلحسه من التعاقد إثر مساومة طويلة ، يمبر عن مدى مضاء الإرادة في عزيمتها وحسمها ، وهذا هو المظهر الإرادى ، وتدفق اللفظ أو تراخيه بنبيء عن مدى ارتياح العاقد للصفقة التى يقدم عليها ، وهذا هو المظهر الوجدانى ، ثم يأتى المظهر المشترك بين اللفظ والكتابة وهو المظهر العقلى الإخبارى وهو يتجلى بالأحرف الملفوظة من حيث هى أحرف يتكون من مجموعها كلمات لغوية نقلها الشارع إلى لغته الاصطلاحية .

وإلى جانب هذه العناصر الداخلية فى اللفظ التى تؤهله لدرجة التفوق نجد عناصر خارجية مساعدة تسمى إليه لتسهل مهمه فى أداء التعبير على خير وجه . فاليد هى المساعد الرئيسى تظهر فى الخارج ما تقرره النفس فى الداخل ، ويكفى أن نمبر عن مدى اتصالها بهذا التقرير أن اسم التصرف فى الفقه الإسلامى يرتكز فى تسميته التاريخية عليه ، فلفظ الصفقة يقصد به ضرب المشتري بيده على يد البائع دلالة على العزم بالقبول . واليد وحركة الرأس هما المساعدان اللذان يسندان المهمة الإرادية للفظ ، وهما له نعم الظهير ؛ ومن اجتماع هذه العناصر الثلاث يتولد للفظ مظهر إرادى كامل .

أما المظهر الوجدانى العاطفى للفظ فيجد فى أسرار الوجه خير نصير له فى أداء مهمته ، وقديماً قال صاحب كشف الأسرار رحمه الله : « والرضا عبارة عن امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته ، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها ، كما يفضى أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب ^(١) » ولقد صدق البردوى فى اعتباره تقاسيم الوجه صفحة يظهر عليها فيض النفس التى ارتوت ميولها وأشبع غرائزها وليبت حاجاتها . هذا ولما كان الإنسان حزمة من هذه الميول والغرائز ، وكانت هذه الميول هى قوام العقل اللاواعى ، ولما كان الألم مظهراً لكبت هذه الرغبات والرضا مظهراً لإشباعها وإروائها ، وكان الوجه أخيراً صورة معبرة لما يختلج فى هذا العقل الباطن من رضا وألم ، كان طبيعياً أن ركن إلى هذا الوجه نفسه لكى نستشف ما نصبو إليه من رضا .

(١) كشف الأسرار للبردوى ، ج ٤ ، ص ٣٨٣ ، س ٢٧ .

والخلاصة أن الألفاظ هي أشبه ما تكون بميزان حساس ، يكشف عن الحالة النفسية كما هي ، ويكاد يقلب الحالات النفسية الكيفية إلى حالات مادية كمية . وليس يهمننا في هذا أن لا يحفل القانون بهذا الكم ، باقتصاره في الاعتماد على الكيف فهو يعتمد الرضا من حيث البدأ ، ويصرف النظر عن درجته ومداه . ليست تهمننا نظرة القانون هذه ، وإنما يهمننا أن ندلل على تفوق اللفظ على الكتابة في هذا المضمار ، هذا التفوق الكمي الذي لا نلحسه في حنايا الأحرف المكتوبة . ويهمننا أن ندلل بهذا أيضاً على أن الفقهاء الإسلاميين كانوا على حق عند ما أعطوا اللفظ مكان الصدارة بين أنداده من وسائل التعبير .

وإلى جانب ميزة الوضوح والشمول ، نجد في اللفظ ميزة القدم التاريخي ، والعموم المعاصر ؛ فالعقود اللفظية وجدت منذ وجد تنظيم المجتمع ومنذ عرف الإنسان العقد وسيلة لنشوء الحقوق . أما العقود الكتابية فهي لاحقة من حيث الترتيب التاريخي للعقود اللفظية . لأن المجتمعات انتظمت ، ووجد العقد وسيلة لنشوء الحقوق قبل أن يخترع الإنسان الكتابة . وعلى هذا فإن اللفظ كوسيلة لصياغة العقد وجد قبل أن توجد الكتابة ، ولقد ظل اللفظ — حتى بعد اختراع الكتابة — هو الوسيلة الأصلية للتعبير عن الإرادة التعاقدية ، ذلك لأن تعلم الكتابة لما يشمل كافة الأفراد في كافة المجتمعات ، وعليه نستطيع أن نقرر أنه حتى في العصر الحاضر ما يزال اللفظ هو الوسيلة الأصلية الشاملة للتعبير عن الإرادة التعاقدية .

المبحث الثالث

نظرية اللفظية في قانون الأحوال الشخصية السوري

٢٧٩ — مر معنا عند بحثنا لنقاط الالتقاء بين المذاهب الإسلامية في نظرتها إلى اللفظ كوسيلة للتعبير أنها اتفقت جميعاً في صدد عقد النكاح على النقاط الثلاثة التالية :

- (١) السماح للأخرس بالتعاقد بالإشارة والكتابة .
- (٢) منع غير الأخرس من التعاقد بالإشارة والقعاطى والكتابة .
- (٣) السماح لغير الأخرس بالتعاقد بالكتابة إذا تم العقد بين غائبين .

وبلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد قنن هذه النقاط الثلاثة المتفق عليها في أحكامه .

(١) فقد جاء في المادة ١٠ منه : « يصح أن يكون الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إذا كان يكتب وإلا فبإشارته المملومة » .

(٢) وجاء في المادة ٦ منه : « يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً » .

(٣) وجاء في المادة ٧ منه : « يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً » .

وبالإضافة إلى ما تقدم فقد منع القانون المذكور غير الأخرس من الوصية بالإشارة ، وهذا الحكم يستفاد بالمفهوم المخالف من المادة ٢٠٨ من ق. أ. ش التي نصت على أن الوصية : « تنعقد بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما ، انعقدت الوصية بإشارته المفهومة » .

وإذا قابلنا بين هذه النصوص الخاصة والنص العام الوارد في المادة ٩٣ من القانون المدني^(١) الذي ينص على التسوية بين جميع وسائل التعبير نجد أن هذه النصوص قد خرجت عن المبدأ العام المقرر في هذه المادة الأخيرة التي لا تمنح اللفظ أى امتياز . وهذا الخروج ، كما هو واضح ، لا يعقبر تمارضاً مع النص العام ؛ بل هو تخصيص له افتضته ، في نظر الفقهاء المسلمين ، ظروف النكاح الخاصة التي تدعو إلى الاحتياط ما أمكن

على أن التعارض يمكن أن يلاحظ بين المادة ١٠ من ق. أ. ش التي تجيز للأخرس التعاقد بالكتابة والإشارة من جهة وبين المادة ١١ من ق. أ. ش التي تشترط في عقد النكاح « أن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخرين » . ذلك لأن اشتراط هذا السماع متمذر في حال التعاقد مع أصم أو أخرس .

(١) نصت المادة ٩٣ من القانون المدني السوري (٩٠ مصرى) على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود . « وبلاحظ أن المادة عددت وسائل التعبير مبتدئة باللفظ ، وليس يترتب على هذا التقديم في الترتيب أية نتيجة عملية

ونحن نرى كهتخرج لهذا التعارض الاستماعة عن المادة ١١ من ق. أ. ش بالمادة ٩٢ من القانون المدني السوري (٨٩ مصرى) التى تنص على أن العقد « يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . . » ذلك لأن التبادل الذى تشير إليه هذه المادة الأخيرة يتضمن شرط السماع الذى تشير إليه المادة ١١ من ق. أ. ش . وبيان ذلك أن التبادل يقتضى أن يوصل كل من المتعاقدين تعبيره عن إرادته إلى الطرف الآخر إما عن طريق السماع ، وإما عن طريق الرؤية ؛ فلا بد لانعقاد العقد من وصول الإيجاب إلى علم الموجب إليه ، ومن وصول القبول إلى علم الموجب ، إذ لا يتحقق معنى التبادل بدون ذلك ^(١) .

ويستند ترجيحنا للمادة ٩٢ على المادة ١١ المشار إليهما إلى أن المادة الأخيرة — باشتراطها للسمع — ينحصر تطبيقها فى العقود التى تتم بطريق اللفظ فقط ، وهذا الاشتراط فيما نرى أثر من آثار نظرية اللفظية فى الفقه الإسلامى . بينما يشمل تطبيق نص المادة ٩٢ المختار انعقاد جميع العقود : لفظية كانت (كما هو الحال فى القاعدة العامة المقررة لغير الأخرس فى المادة ٦ من ق. أ. ش) أو إيمائية (كما هو الحال فى الإستثناء الثانى المقرر للمعجز عن النطق فى المادة ١٠ من ق. أ. ش) .

ويلاحظ أخيراً أن المادة ٧ من ق. أ. ش قد نصت على أنه « يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس » .

ونحن نعتقد أن هذا النص الذى أجاز أن يكون كل من الإيجاب والقبول بالكتابة لا يتفق والرأى السائد فى الفقه الإسلامى الذى يسمح بإجراء الإيجاب بالكتابة لا القبول ^(٢) .

ولذلك فإننا نرى حذف لفظ « القبول » الوارد فى المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية السوري وتعديلها على الشكل الآتى :

« يجوز أن يكون الإيجاب بالكتابة إذا كان الوجه إليه الإيجاب غائباً عن المجلس » .

(١) راجع نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ١٠٦ ، ص ١٣٨ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٢٢٣ ، ص ٢١١ — ٢١٢ .

الباب الثالث

نظرية الإرادة الظاهرة في الفقه الإسلامي

تمهيد

٢٨٧ — تسود الفقه الغربي في العصر الحاضر مدرستان : مدرسة لائينية ذات نزعة ذاتية تغلب في الالتزام عنصره الشخصي وتعتمد بالإرادة الباطنة ، وتضع معايير نفسية تعتبر فيها النية المستترة . ومدرسة ألمانية ذات نزعة موضوعية تغلب في الالتزام موضوعه المادي ، وتعول على الإرادة الظاهرة ، وتضع معايير مادية تقف عند العرف المؤلف . ولئن كان الفقه الإسلامي ينتمي إلى المدرسة الثانية ويأخذ بالنزعة الموضوعية كما تقدم فإنه ليندو من الضروري أن نتلمس هنا الآثار التي تترتب على هذه النزعة في مجال الصيغة التصرفية عن طريق دراسة مركز كل من الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة في نظر الشارع الإسلامي . ولعله من المفيد أن نعهد لذلك بكلمة موجزة عن هذه المسألة في الفقه الغربي والتقنين المصري .

§ ١ — مسألة المفاضلة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

في الفقه الغربي

٢٨١ — نظرية الإرادة الباطنة : سادت هذه النظرية بوجه خاص في الفقه الفرنسي وهي ترى أن الإرادة هي لب التصرف وقوامه . أما التعبير فهو لا يخرج عن كونه الرداء الذي يتدثر به جوهر التصرف ، وهو الإرادة الحقيقية التي يرجع إليها تحريك الآثار القانونية « وكما أن العبرة ليست بالرداء بل بشخص من يرتديه ، فكذلك يجب أن يكون التعويل لا على التعبير في ذاته بل على الإرادة التي قصد التعبير عنها ، أي أن التعبير لا تسكون له قيمة ، ولا يجوز أن يترتب عليه أثر إلا بالقدر الذي يطابق به الإرادة الباطنة بحيث لو ثبت اختلافه عنها لم يجوز التعويل عليه ، وتعين

اطراحه والأخذ بها ^(١) . فحاصل هذه النظرية إذن أن المقدر يتكون بتطابق الإرادتين لا بتطابق التعبيرين إلا إذا كانا متفقين مع الإرادتين الحقيقيتين . وهي تستلزم الاعتداد بالبواعث التي حركت الإرادة . مهما كانت بعيدة أو غير مباشرة . وتدعو كما هو ظاهر إلى إثبات الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة واعتبار الأخيرة مجرد دليل عليها ولكنه دليل قابل لإثبات العكس . أما أساسها فهو مبدأ سلطان الإرادة ومقتضاه أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم وبقدر ما يريد أن يلتزم .

٢٨٢ — نظرية الإرادة الظاهرة : تعرضت نظرية الإرادة الباطنة منذ أواخر القرن التاسع عشر إلى نقد عنيف على يد أتباع المدرسة الألمانية . وكان نقد هؤلاء يهدف بالدرجة الأولى إلى إبراز مدى إغفال نظرية الإرادة الباطنة للصفة الاجتماعية للعلاقات القانونية . ويرى أنصار المدرسة الجديدة أن ما تطالب به الفقه وما يدعو إليه الإنشائيان هو التعمويل على الإرادة الظاهرة التي اطمان إليها الناس في تعاملهم . فهذه الإرادة وحدها هي التي يستطيع القانون احتضانها وترتيب ما قصده من آثار . أما الإرادة الباطنة التي لم تطف من عالم النفس إلى عالم الناس ، فلا شأن للقانون بها ما لم تنقلب من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية . ويرى أنصار هذه النظرية أن التعبير دليل على الإرادة الباطنة ، ولكنه دليل غير قابل لإثبات العكس ، لأن التعبير هو جسم الإرادة وهو الذي يولد الأثر وكما أن جسم الإنسان ليس دليلاً على وجوده ، فكذلك التعبير ليس دليلاً على وجود الإرادة ، بل هو الإرادة نفسها . ويترتب على ذلك أن عدم مطابقة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة لا يورث العقد بطلاناً ، لأن العقد قام بقيام ركنيه المتطابقين ، وهما التعبيران ، ولا عبرة بعد ذلك لما توارى وراءها من إرادتين متغايرتين . ذلك أن هاتين الإرادتين النفسيتين الخفيتين لا يستطيع القانون أن يمسك بهما فهو معذور إذا تجاهلهما .

٢٨٣ — التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر : على أن تجاهل الإرادة الباطنة ليس مطلقاً في منطق هذه النظرية بدليل أنها ما زالت تعتبر التعبير نفسه عملاً إرادياً

(١) نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ٧٤ ، ص ١٠٠ .

لإهدارها التعميرات الصادرة من عديمي الأهلية « فكان أن أنصار النظرية لم ينفوا الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية ، بل هم احتفظوا بها وقصروها على إرادة التعبير في ذاته دون حاجة إلى إرادة إحداث الأثر القانوني . فمن يقبل العقد مزاحاً فقد أراد التعبير عن القبول ، ولكنه لم يرد إحداث الأثر القانوني ، وهو الإلتزام بهذا العقد . وإرادة التعبير تكفي وتلزم للانعقاد . أما حدوث الأثر القانوني فهو ليس مسألة نفسية بل هو مسألة موضوعية objective . والقاضي هو صاحب السلطان في تحديد هذا الأثر ، وهو في سبيل هذا التحديد لا يبحث عن الإرادة الباطنية ، بل عن المعنى الذي يتجلى عنه هذا التعبير لشخص متوسط الذكاء . وإذا احتمل التعبير أكثر من معنى فللقاضي — في هذه الحالة دون غيرها — أن يبحث عن الإرادة الباطنة . فإذا تجمعت له عناصر الحكم ، وأمكنه استجلاؤها كان بها وإلا فهو يرتب على التعبير الأثر القانوني الذي تقضي به العدالة والمصاحبة الاجتماعية^(١) . »

٢٨٤ — التقريب بين النظريتين : ويلاحظ هنا أن هاتين النظريتين لم تخرجتا عن كونهما فكرتين علميتين لا شأن لهما إلا في عالم النظر إذ لا تستقل إحداها بالسيادة في أي قانون وضعي . فالتشريعات تستبعد أولاهما لمباغتتها في الفردية ، وثانيهما لمباغتتها في المادية ، وتستبدلان بهما حلولاً معتدلة تحاول في صياغتها أن تتجنب قدر الطاقة ما تتضمنه كلماتها من نتائج ضارة^(٢) .

§ ٢ — موقف التقنين المدني المصري من النظريتين

٢٨٥ — (١) موقف المشروع التمهيدى : حدد المشروع التمهيدى اختياره بوضوح لنظرية الإرادة الظاهرة فقد جاء في المذكرة الإيضاحية « تركز نظرية العمل القانوني في المشروع على الإرادة الظاهرة ، أي على التعبير عن الإرادة لا على الإرادة الباطنة ، كما هو الشأن في التقنين الحالي^(٣) » وحين تعرض مشكلة التحفظ

(١) أصول الإلتزامات للدكتور حلمي بهجت بدوي ، ف ٥٧ ، ص ٨٩ — ص ٩٠ .

(٢) التصرف القانوني المجرد ، للدكتور محمود أبو عافية ، ف ٨٠ ، ص ٢٧٤ .

(٣) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٥ .

الذهنى بمناسبة المادة ١٢٨ من المشروع تقول المذكرة الايضاحية « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تثير من فورها أمر البحث في المفاضلة بين مذهب الارادة الباطنة ومذهب الارادة الظاهرة . فإذا لم تطابق الارادة الظاهرة الإرادة الباطنة ، فبأيهما يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى مؤثراً الإرادة الظاهرة^(١) » .

٢٨٦ - موقف التقنين الجديد :

ويستخلص من النصين السابقين أن المشروع قد تأثر تأثراً ظاهراً بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هل ظل المشرع أميناً على هذه النزعة ، أم أنه ازور عنها ، وجنح إلى الركون إلى النزعة الذاتية التي كان مستقراً عليها في تقنينه القديم ؟ الواقع أن النزعة الجرمانية قد تضائل أثرها على المشرع إلى حد كبير عندما صب أحكامه في نصوصها النهائية ، على أن هذه النصوص لا تخلو من اعتداد بالإرادة الظاهرة ونزوع إلى استقرار التعامل . الأمر الذي يدعونا إلى القول بأن القانون الجديد قد ترحزح بعض الشيء عن نزوعه الذاتي الذي كان سائداً في تقنينه القديم^(٢) .

ونشير هنا إلى أن الأنظار الفقهية مختلفة في تحديد مدى أخذ المشرع بالإرادة الظاهرة ونستطيع أن نقرر أن ثمة رأيين في هذا الصدد :

الرأى المضيق : وهو يرى أن مسألة الأخذ بالإرادة الظاهرة لاتنهض إلا في حالات

(١) المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(٢) فارن الدكتور وليام قلادة الذي يرى بأن الإرادة الباطنة هي جوهر التصرف القانوني في التقنين المدني المصري (ص ٤٢٣) وأن هذا التقنين انحاز انحيازاً نهائياً إلى النظام اللاتيني (ص ٤٢٥) وأن التغيير الذي أجراه المشرع المصري في قانون التصرف القانوني لم يكن في دور التعبير في هذا التصرف ، فزال الوظيفة الأولى والوحيدة لهذا العنصر المادى هو الإفصاح عن الإرادة (ص ٤٢٦) . وانظر الدكتور عبد الحى حجازى (ف ٧٥ ، ص ٦٧) النظرية العامة للالتزام حيث يرى بأن القانون المدني الجديد لم ينحرف عن الإرادة الباطنة إلى الإرادة الظاهرة ، بل لا يزال يمتد كقاعدة عامة ، بالإرادة الباطنة ولكنه لم يقال في ذلك غلواً كبيراً إذ هو يفتد إلى جوار ذلك باعتبار اجتماعى هو الاستقرار الواجب في المعاملات ولذلك يعتد بالإرادة الباطنة بالقدر الذى لا يعارض مع الاستقرار الذى يجب أن يسود المعاملات .

ونحن نرى أن القانون المدني الجديد لم يهجر فكرة الإرادة الظاهرة هجراً تاماً ، بل أخذ منها بقدر ، وتقديم كدليل على ذلك اعتداده بالإرادة الظاهرة في الصورية .

انقسام الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة في تعبير معين « إما لأن المرسل إليه التعبير قد فهمه بطريقة تجعله مخالفاً لإرادة المبرر ، وإما لأن المبرر لم يحسن التعبير عن إرادته فجاء مخالفاً لمضمون هذه الإرادة . ومعنى هذا أن الاختلاف لابد أن يكون بين التعبير وبين نفس الإرادة المبرر عنها ، ففي هذه الحالة فقط يمكن أن تثار مسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة واختلاف تلك عن هذه ^(١) » .

الرأى الموسع : وهو يرى أن مسألة الأخذ بالإرادة الظاهرة ليست مقصورة على الحالات التي يتفك فيها التلازم بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في تعبير معين بل هي تشمل حالات أخرى . ولعلنا ندرك في فصل التفرقة بين هذين الرأيين في دراستنا التالية لمطالعة الأخذ بالإرادة الظاهرة في القانون المدني .

٢٨٧ - (١) المادة ٨٩ (٩٢ سوري) : ونصها : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ... » . تعرض هذه المادة كما هو ظاهر لبيان وقت تمام العقد . وهي تأخذ ، كما سلف أن بينا عند بحثنا لتكون العقود ، بنظرية العلم . ونشير هنا إلى أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، جرياً على عادتها في الربط بين نظام العلم والنظرية المادية في التعبير ، أشارت إلى أن المشرع قطع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص . فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين بل استلزم تبادل تعبيرين عن إرادتين متطابقتين ^(٢) ونحن نرى أن هذا من المذكرة الإيضاحية إيمان في توسيع مفهوم مسألة الإرادة الظاهرة . نظراً لانتفاء التلازم بين اشتراط الإعلام في التعبير ، والأخذ بالإرادة الظاهرة بدليل أن القانون السويسرى يأخذ بنظرية الإعلان في التعاقد بين غائبين رغم انحيازه إلى نظرية التعبير . وفيما عدا ذلك ، فإن اشتراط الإعلام كجزء في الركن المادى للتعبير لا يعارض مع نظرية الإرادة الباطنة ، ذلك أن هذه النظرية تتطلب التعبير كركن مادى في التصرف « ويستوى في ذلك أن يتم وجود هذا الركن بالإصدار أو يستوجب القانون ألا يكمل إلا بالعلم في كلتا الحالتين نقل في نطاق النظرية التقليدية ^(٣) » . ننهى مما تقدم إلى أن اشتراط التبادل في المادة ٨٩ لا ينم عن أخذ

(١) النظرية العامة للإلتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ف ٦٩ ، ٦٢ .

(٢) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٥٣ .

(٣) قلادة ، ف ٤٨ ، ١٥٦ .

المشرع بنظرية التعبير بل إن تطلب القانون لتبادل التعبير عن — إرادتين متطابقتين — يكشف بوضوح عن جوهرية الإرادة في التصرف القانوني وأن التعبير ليس له من مهمة سوى تبادل هذه الإرادة بين طرفي التصرف^(١) .

٢٨٨ — (ب) المادة ٩١ ومؤداها كما رأينا أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويتفرع على هذا النص أن المخاطب بالتعبير المتلقى كالواجب إليه مثلاً إذا قبل الإيجاب ، ثم عدل عنه ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل وصول العدول انعقد العقد وصار ملزماً .

ولقد اختلفت الأنظار الفقهية في دلالة هذا النص . فذهب رأى موسع إلى أنه تطبيق لنظرية الإرادة الظاهرة ذلك « أن ارتباط القابل بالعقد رغم عدوله عن قبوله لا يمكن أن يكون أساسه إرادته الحقيقية ، لأنه عدل عنها ، وإنما يكون أساسه هو إرادته الظاهرة ، فهي وحدها التي اقترنت بها الإيجاب^(٢) » .

ويرى الرأى المضيق أن لاصلة لهذا النص بمسألة الإرادة الظاهرة لأن مقتضى هذه المسألة أن يكون ثمة إرادة يحصل التعبير عنها فيجب التعبير مخالفاً لهذه الإرادة نفسها . أما المسألة التي تثور في هذا النص فهي مسألة خلاف بين إرادة لاحقة وإرادة سابقة ، وهي ليست مسألة اختلاف بين إرادة ظاهرة وإرادة باطنة ، وإنما هي مسألة تغيير في الإرادة ... وهي تطبيق سليم للقواعد العامة التي تقضى بأن المتعاقد إذا رضى بالعقد يرتبط به ، ولا يؤبه بعد ذلك لتغيير إرادته^(٣) .

ويلاحظ مما تقدم أن مرد الخلاف بين الرأى المضيق والرأى الموسع أن الرأى الأول يحفل بالخلاف بين التعبير والإرادة عند صدور التعبير . أما الرأى الثانى فهو يحفل بهذا الخلاف عند انعقاد العقد لحسب . وهو يرى أن منطق نظرية الإرادة أن العقد عند تمامه هو إرادتان متطابقتان ، وليس ثمة من تطابق إذا عدل القابل عن قبوله قبل هذا التمام ، فلا محيص إذن من اعتباره قائماً على أساس من الإرادة الظاهرة ؛ لأنه يتم في هذه الحالة بالاستناد إلى تطابق تعبيريه لا إرادتيه .

(١) المرجع السابق ، ف ٣ ، ١٩٤ .

(٢) الوسيط ، ج ١ ، ص ٨٤ .

(٣) النظرية العامة للاتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ف ٦٩ ، ص ٦٢ .

٢٨٩ — (ح) المادة ٩٢ ونصها : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه » . ومثاله أن شخصا في القاهرة كتب لآخر في دمشق يعرض عليه صفقة ، فقبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب . فهنا يقضى القانون بأن العقدين ويري الأستاذ السهوري أن قيام العقد يستند في هذه الحالة إلى الإرادة الظاهرة فهو يقول : « إن هذا الحكم لا يستقيم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة في النفس ، وهي الإرادة التي تموت بموت صاحبها ، وتزول بفقد أهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى بعد موته ، أو فقده أهليته ^(١) » .

ويرى الدكتور حجازي أن هذا النص لا علاقة له بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة فالمفروض « أن تعبير القابل كان موافقا لمضمون إرادته ساعة صدوره ، ولا يترتب على موته قبل وصول القبول إلى علم الموجب أن يصبح هذا التعبير مخالفاً لمضمون هذه الإرادة ، وإنما يتعلق هذا النص بمسألة أخرى هي استقلال التعبير عن صاحبه بمجرد صدوره منه ^(٢) » .

ونحن نوافق الدكتور حجازي على رفض فكرة الإرادة الظاهرة كأساس لانعقاد العقد في المثال المتقدم ، ولكننا لسنا نوافق على اعتماد فكرة استقلال التعبير عن صاحبه كأساس لهذا الانعقاد لغموض هذه الفكرة من جهة وعدم صحتها من جهة أخرى . أما غموضها ، فيتجلى في عدم وضوح الخط الذي يفصل بينها وبين فكرة الإرادة الظاهرة . ذلك أن الحالات التي يقوم العقد فيها على أساس الإرادة الظاهرة رغم انفصالها عن الإرادة الباطنة يمكن تأسيسها بكل يسر وسهولة على فكرة استقلال التعبير عن صاحبه ، مادام التعبير في هذه الحالات يستقل فعلا عن صاحبه ، ويعتمد الشارع به ، غير آبه بالاتجاه الحقيقي للمعبر .

أما عدم صحتها : فيبدو في نظرنا في كون التعبير — حال وفاة صاحبه —

(١) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السهوري ، ج ١ ، ٨٤ .

(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحمى حجازي ، ف ٧٠ ، ص ٦٣ .

لا يخلو من اتصال بخلفه ، ذلك أنه ليس ثمة ما يمنع هذا الخلف ، في نظرنا ، من أن يقوم مقام سلفه في الرجوع عن هذا التعبير قبل وصوله إلى الموجب . وهذا يعني ، ولا شك ، تبعية التعبير لصاحبه ممثلاً في خلفه الذي هو استمرار له — لا استقلاله عنه . وبعبارة أخرى ، لو كان التعبير مستقلاً في مسيره من القابل المقوف نحو الموجب لما تسنى خلف هذا القابل أن يحول بين القبول وبين متابعة مسيره .

وإذا ثبت استبعاد كل من فكرة الإرادة الظاهرة واستقلال التعبير كأساس لانعقاد العقد في الحالة موضوع البحث نقول إن الأساس الصالح لانعقاد العقد في هذه الحالة ليس سوى الإرادة الباطنة نفسها . وليس ثمة من داع في نظرنا للتشكك في مستقبل هذه الإرادة التي عبر عنها العاقد أثناء حياته ، والإزكان بأن صاحبها قد يعدل عنها لوظل حياً . ذلك أن «اليقين — كما تقول القاعدة الفقهية — لا يزول بالشك»^(١) . أما ما ذهب إليه الدكتور السهوري من أن الإرادة الباطنة تموت بموت صاحبها فهو غير وارد ، بدليل أن أحداً لم يعارض في بقاء إرادة الموصى بعد وفاته . إن بقاء هذه الإرادة لدليل على أن الوفاة لا تمنى رجوعاً عن الإرادة ولا فناءها .

ويشار كنا الدكتور وليام قلادة نفس الرأي في هذا الصدد ويدلل عليه بطريق آخر فهو يقول : «إن إبقاء التعبير بعد موت صاحبه وقبل علم المرسل إليه به ، ليس دليلاً على انفصال التعبير عن صاحبه بمجرد صدوره ، بل هو دليل على أعمال الإرادة الباطنة في أوسع مدى . ذلك أن القانون إذ يعمل التعبير — قبل أن يتم من صدر عنه التعبير الإعلام — إنما يعمل في الحقيقة إرادة اختزل تعبيرها فهو يريد أن يقول إن ما يهيم هو الإرادة الباطنة التي استبانت ، ولو لم يكمل تعبيرها»^(٢) .

(١) ومؤدى هذه القاعدة أنه إذا ثبت أمر من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً قطعياً ثم وقعت الريبة في وجود ما يزيله ، يبقى الأمر المتيقن هو المعلوم عليه حتى يتحقق السبب المزيل . وهي مساهمة من الوجهة المنطقية فلا مراء في أن اليقين أقوى من الشك وهي مدعومة أيضاً من الوجهة النقلية فقد جاء في الحديث الشريف أن المتوضىء إذا شك في انتفاض وضوئه فهو على وضوئه السابق المتيقن ، وتصح به صلاته حتى يتحقق وجود ما ينقضه ، ولا عبرة بذلك الشك . ويتفرع على هذه القاعدة قاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان» وهذه القاعدة الأخيرة هي أساس قاعدة الاستصحاب في الفقه الإسلامي ومقتضاها أن الحالة الثابتة في وقت ما تعتبر مستمرة في سائر الأوقات حتى يثبت انقطاعها أو تبدلها . (راجع م ٥ من أحكام المجلة العدلية) .

(٢) التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ف ١٤٠ ، هامش ص ٣٩٥ .

هذا ونحن مع موافقتنا على تأسيس الدكتور قلادة المسألة على الإرادة الباطنة لسنا نوافق على الطريقة التي وصل فيها إلى هذه النتيجة ، ذلك أن المشرع لم يُعْمَلْ إرادة اختزل تعبيرها بدليل أن الإعلام ما زال عنصراً مقوماً فيها ، وما لم يصل التعبير إلى علم الموجب في الحالة المفترضة فهو هدر لا يعتمد به .

٢٩٠ - (٤) ويلاحظ هنا أن المشرع قد صحح العقود المشوبة بالغلط والتدليس والإكراه في بعض الظروف . فقد قضى في المادة ١٢٠ المتعلقة بالغلط بأن المتعاقد مع الغلطان إذا لم يقع هو في دوره بالغلط ، ولم يعلم به ، ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه فإن العقد يكون صحيحاً^(١) . وفي المادة ١٢٦ المتعلقة بالتدليس قضى بأنه إذا كان المدلس عليه لا يعلم بوقوع التدليس ، وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم بوقوعه فإن العقد يكون صحيحاً^(٢) . وفي المادة ١٢٧ المتعلقة بالإكراه قضى بأنه إذا كان المتعاقد مع المكره لا يعلم بوقوع الإكراه ، وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم بوقوعه فإن العقد يكون صحيحاً^(٣) .

ونتساءل هنا ما هو الأساس الذي استند إليه المشرع في تصحيح العقود في الحالات الثلاثة المتقدمة رغم ما شابها من عيوب ؟ يذهب الدكتور السنهوري إلى أن فكرة الإرادة الظاهرة تصلح أساساً لهذا التصحيح فهو يقول في تسويق تصحيح العقد المشوب بالغلط في الحالة الأولى : « إن العقد يكون صحيحاً لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب

(١) جاء في المادة ١٢٠ : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

(٢) جاء في المادة ١٢٦ : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس » .

(٣) جاء في المادة ١٢٧ : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض عليه أن يعلم بهذا الإكراه » .

(١٩ - التعبير عن الإرادة)

شئونه^(١) » ويقول في تسويغ تصحيح العقد المشوب بالتدليس في الحالة الثانية : « إن العقد يكون صحيحاً لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر^(٢) » وأخيراً يقول في تسويغ تصحيح العقد المشوب بالإكراه في الحالة الثالثة : « إن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها الإكراه ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر^(٣) » .

ويرى الدكتور حجازي أن لا علاقة للمواد الثلاث السابقة بمسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، ذلك أن من وقع في الغلط في الحالة الأولى « لا يترتب على غلطه أن يكون هناك فرق بين إرادته وبين التعبير عن هذه الإرادة . إن الإرادة التي وقع صاحبها في الغلط تكون معيبة في تكوينها ، وهذه الإرادة المعيبة في تكوينها هي التي حصل التعبير عنها ، وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة . فإذا اعتقد شخص « غلطاً » أن لوحة ما من عمل فنان مشهور ، فمعب عن إرادته بالرغبة في شراء تلك اللوحة بالذات ، فإن هذا التعبير لا يختلف عن الإرادة الحقيقية في شيء » . وكذا الغلط الناشئ عن التدليس في الحالة الثانية فإن دوره يقتصر على تعيب الإرادة في تكوينها ، « وهي نفسها التي حصل التعبير عنها وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة » وكذا الإكراه فإن كل ما يترتب عليه « هو أن تكون الإرادة معيبة في تكوينها ، وأن هذه الإرادة المعيبة في تكوينها هي نفسها التي حصل التعبير عنها وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة^(٤) » .

هذا وإذا كانت الأحوال الثلاثة السابقة لاتدل على أن الشارع آثر الإرادة الظاهرة فعلاً تدل إذن ؟ يجيب الأستاذ عن ذلك بقوله إن « كل ما تدل عليه هذه

(١) الوسيط ، ج ١ ، ص ٨٤

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازي ، ف ٧١ - ٧٤ ، ص ٦٤ - ٦٦ .

النصوص هو أن الشارع لم يسر وراء منطق سلطان الإرادة إلى النهاية بل اعتد إلى حد ما بالاستقرار الواجب في المعاملات^(١) .

ونحن نرى أن الانفصام بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة قائم في الحالات الثلاثة السابقة ، ذلك أن الإرادة الحقيقية - التي توسطت بينها وبين الإرادة الظاهرة إرادة أخرى معيبة ، مطابقة للإرادة الظاهرة ومغايرة للإرادة الحقيقية^(٢) - هي نفسها التي تعمل عليها نظرية الإرادة . ولئن كان كل من الإرادة الحقيقية والإرادة المميبة ظاهرة نفسية باطنية ، وكان يطلق على نظرية الإرادة تسمية نظرية الإرادة الباطنة ، فليس يعنى هذا في نظرنا أن ما تهدف إلى حمايته هذه النظرية هو الإرادة المميبة ، على اعتبار أنها ظاهرة نفسية ، إن ما تهدف إلى حمايته واعتباره مصدراً للالتزام هو تلك الإرادة الحقيقية المستكنة في أعماق النفس والتي تعبر عن الاتجاه الحقيقي لصاحبها لا الإرادة المميبة التي تشوه هذا الاتجاه وتحرفه عن غايته ، يدل على ذلك ما ذكره الأستاذ نفسه في تأصيل هذه النظرية فقد جاء فيه : « وتقوم هذه النظرية على أساس مبدأ سلطان الإرادة . فالشخص وفقاً لهذا المبدأ لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم وبقدر ما يريد أن يلتزم » .

وإذا ثبت استناد هذه النظرية إلى مبدأ سلطان الإرادة ، فهل يستقيم عندها اعتبار مناط الالتزام لدى المتعاقد ذى الإرادة المميبة إرادته المميبة التي لم يرد أن يلتزم بها أم إرادته الحقيقية التي أراد أن يلتزم بها ؟ !

٢٩١ - بعد أن استعرضنا مسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في الفقه الغربى والتقنين المدنى المصرى ، نشرع فيما يلى فى الكلام عن هذه المسألة فى الفقه الإسلامى . وتقدم لنا هذه الدراسة عدة فوائد : فهى أولاً تظهر لنا دور الإرادة الظاهرة فى تكوين التصرف فى الفقه الإسلامى . وهى ثانياً تكشف لنا عن حقيقة السند الذى استند إليه المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى إبان تسويته لأخذه بالإرادة الظاهرة ، إذ يقول : « أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى مؤثراً الإرادة

(١) المرجع السابق ، ف ٧٤ ، ص ٦٦ .

(٢) انظر أبو ستيت ، ف ١٥٣ ، ميثال ، ص ٥٥٢ . وقارن فلادة ، ف ٨٨ ، هامش

ص ٢٤٣ ، ووير ، القاعدة الخلقية ، ف ٤١ .

الظاهرة . وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية ، وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف فضلاً عن ذلك سنداً قوياً في الشريعة الإسلامية إذ هي تعتمد بالإرادة الظاهرة اعتداداً بيناً متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة^(١) . « وتكشف لنا هذه الدراسة أخيراً عن جانب مهم من جوانب النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي التي سبق أن ألمحنا إليها في مطلع هذه الرسالة . وتضم دراستنا هذه النواحي التالية :

- (١) صياغة نظرية الإرادة الظاهرة .
- (٢) تقسيم التعميرات إلى صرائح وكفائيات .
- (٣) حالات الخلاف بين التمييز والإرادة .

(١) راجع الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٧٣ . ويؤكد الأستاذ الدكتور السهوري أخذ الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة في أكثر من موضع من كتابيه الوسيط ومصادر الحق راجع الوسيط ، ج ١ ، ص ١٨٠ هامش و ص ١٩٩ هامش و ص ٤٧٠ حيث يشير الأستاذ إلى أن « الشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد » وراجع أيضاً مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٨٥ وما ب و ج ٦ ، ص ٢٩ و ص ٣٣

الفصل الأول

صياغة نظرية الإرادة الظاهرة

٢٩٢ - سبق أن أشرنا عند تفسيرنا لضرورة إظهار الإرادة في الفقه الإسلامي على ضوء القواعد الأصولية إلى أن قواعد العلة تقدم لنا سنداً صالحاً لهذا التفسير على اعتبار أن الصيغة التصرفية لا تخرج عن كونها علة . ولقد رأينا أن « التمييز » عن الإرادة ليس سوى « المظنة » . وهي في عرف الأصوليين « الوصف الظاهر المنضبط الذي بنى الحكم عليه وربط به وجوداً وعدمًا » ، وأن « الإرادة » ليست سوى « المنة » وهي « الأمر الذي لأجله جعل الوصف الظاهر علة » . ونحن إذا تأملنا التعريف الأول ، وما يقتضيه من إناطة الحكم بالتعبير إناطة لا تقبل الدليل العكسي ، نجد أن هذا التحليل الأصولي يقدم لنا — دون شك — أساساً صالحاً لتسوين نظرية الإرادة الظاهرة في الفقه الإسلامي ، وما تقتضيه من اعتداد بالتعبير ، اعتداداً لا يقبل الدليل العكسي . فلنحاول إذن أن نتعرف على قواعد المظنة ومسوغات الاعتداد بها . ذلك أن هذه المسوغات ، وتلك القواعد ، هي هي قواعد الإرادة الظاهرة ، ومسوغات الأخذ بها ، مادامت هذه الإرادة الظاهرة ضرباً من ضروب العلة كما مر .

المبحث الأول

قواعد المظنة

٢٩٣ - تتأخص قواعد العلة في نظرنا في أمرين : (١) إن المظنة هي بديل المنة . (٢) إن المظنة هي وحدها مناط الحكم الشرعي . ونتكلم فيما يلي في هاتين القاعدتين ، ثم نبين تطبيقهما في إطار الصيغة التصرفية .

الفرع الأول

قاعدتا المظنة بوجه عام

٢٩٤ - (١) المظنة هي بديل المنة : يمرض الأصوليون عادة لبحث العلة بوجه عام باعتبارها مصدراً للحكم شرعي وسواء أكان هذا الحكم متولداً عن تصرف قانوني

أو واقعة قانونية ، ويؤكدون بجلاء أن هذه المظنة هي بديل المثنة وقائمة مقامها . فقد جاء في كتاب أصول الفقه لأستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف « ولو كانت الحكمة في جميع الأحكام ظاهرة مضبوطة ، لكانت هي علل الأحكام ، لأنها هي الباعث على تشريعها ، ولكن لعدم ظهورها في بعض الأحكام ، وعدم انضباطها في بعضها ، أقيمت مقامها أوصاف ظاهرة مضبوطة ملائمة مناسبة لها . وماساغ اعتبار هذه الأوصاف عللاً للأحكام ، ولا أقيمت مقامها إلا لأنها مظنة لهذا الحكم ^(١) » .

وجاء في الموافقات للشاطبي : « إن الله عز وجل جعل المسببات في العادة تجري على وزان الأسباب في الاستقامة أو الأعوجاج : فإذا كان السبب تاماً ، والنسب على ما ينبغي ، كان السبب كذلك وبالضد ..

فمن التفت إلى المسببات من حيث كانت علامة على الأسباب في الصحة أو الفساد لامن جهة أخرى ، فقد حصل على قانون عظيم ، يضبط به جريان الأسباب على وزان ما شرع ، أو على خلاف ذلك . ومن هنا جملت الأعمال الظاهرة في الشرع دليلاً على ما في الباطن ، فإن كان الظاهر منخرماً حكماً على الباطن كذلك ، أو مستقيماً حكماً على الباطن كذلك أيضاً . وهو أصل عام في الفقه وسائر الأحكام الماديات والتجريبية بل الالتفات إليها من هذا الوجه نافع في جملة الشريعة جداً والأدلة على صحتها كثيرة » .

ثم ينتقل الشاطبي إلى بيان الأدلة التي يثبت فيها قيام المسببات (الظاهرة) مقام الأسباب (الباطنة) ، وإناطة الحكم بالأولى دون الثانية ، فيقول : « وكفى بذلك عمدة ، أنه الحاكم بإيمان المؤمن ، وكفر الكافر ، وطاعة المطيع ، وعصيان العاصي ، وعدالة العدل ، وجرحة المخرج ، وبذلك تنعقد العقود وترتبط الموائيق . إلى غير ذلك من الأمور بل هو كلية التشريع وعمدة التكليف بالنسبة إلى إقامة حدود الشعائر الإسلامية الخاصة والعامة ^(٢) » .

٢٩٥ - (٢) المظنة هي ومحلها مناط الحكم : ليست المظنة في عرف الأصوليين

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ص ٧٥ .

(٢) الموافقات للشاطبي ، ج ١ ، ص ٢٣٣ .

مجرد دليل على وجود المثنة ، بل هي دليل قطعى . وتظهر ثمرة ذلك فى علاقة الحكم بالمظنة ؛ إن هذه العلاقة هى علاقة ضرورية بمعنى أن الارتباط بين المظنة والحكم هو ارتباط آلى بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر ، ففى وجدت المظنة مستوفية شروطها انقذ الحكم لا محالة ، ومتى تخلفت ، انعدم الحكم ، ولا عبرة بعدها لوجود المثنة ؛ ذلك أن وجود هذه يفترض بصورة لا تقبل الدليل العكسى عند وجود ما يمثلها وهو المظنة ، وإليك ما قاله أستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف فى هذا الصدد : « وعلى هذا فجميع الأحكام الشرعية تبنى على عللها ، أى تربط بها وجوداً وعدمًا ، لا على حكميها ، ومعنى هذا أن الحكم الشرعى يوجد حيث توجد علته ، ولو تخلفت حكمته ، وينتفى حيث تنطفى علته ، ولو وجدت حكمته ، لأن الحكمية ، لخفاؤها فى بعض الأحكام ، ولعدم انضباطها فى بعضها ، لا يمكن أن تكون أمانة على وجود الحكم أو عدمه ؛ ولا يستقيم ميزان التكليف والتعامل إذا ربطت الأحكام بها » .

ويقول أيضاً : « لهذا قرر الأصوليون أن الأحكام الشرعية تدور وجوداً وعدمًا مع عللها لا مع حكميها ، وبعبارة أخرى مناط الحكم الشرعى مظنته لا ميثنته » .

ويقول أيضاً : « وما دام الحكم الشرعى يبنى على علته ، لا على حكمته . . . فعلى القاضى أن يقضى بالحكم حيث توجد العلة بصرف النظر عن الحكمية ^(١) » .

٢٩٦ - **مدور هاتين القاعدتين** : سبق أن أشرنا إلى أن المظنة هى دليل على وجود المثنة لا يقبل إثبات العكس ، ونشير هنا إلى أن الأحناف قد انفردوا فى التزام هذا الأصل ، واعتبروا تبعاً لذلك عقد المكره مفيداً للملكية بالقبض رغم انتفاء التراضى ، وتوافر الدليل على تخلف الإرادة الباطنة . أما الجمهور فلم يلتزموا هذا الأصل ، بل خرجوا عليه ونبذوا اعتبار المظنة فى حالات يتوافر فيها الدليل على انتفاء وجود المثنة كما فى بيع المكره حيث اعتبره الجمهور باطلاً لثبوت انتفاء الرضاء ؛ والتمروهم فى حالات أخرى أعملوا فيها المظنة رغم تخلف المثنة . ويقول القرافى فى

(١) أصول الفقه للاستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٧٢ - ٧٥ .

هذا الصدد : « غير أن هذا المعنى وإن كان هو الأصل قد خولف في مواضع منها التقاء الختانين ، فإننا لو قطعنا بعدم الإزالة وجب الغسل . ومنها قولهم في شارب الخمر ، أنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افتري ، فيكون عليه حد القذف ؛ فأقيم الشرب الذي هو مظنة القذف مقامه ، ونحن مع ذلك نقيم الحد على من نقطع أنه لم يقذف حتى أن الشيخ عز الدين بن عبد السلام رحمه الله تعالى كان يقول : كيف تقام المظنة مقام القذف ونحن نقطع بعدم القذف في بعض الناس ؟ لكن يمكن أن يجاب عن الأثر بما شهد له من الاعتبار من التقاء الختانين ، فإنه ورد فيه الحديث النبوي مع أنا قد نقطع فيه بعدم المظنون عند وجود مظنته في بعض الصور ^(١) » .

الفرع الثاني

تطبيق قاعدتي المظنة على الصيغة التصرفية

٢٩٧ — نستطيع أن نطبق بيسر قاعدتي المظنة ، اللتين ساف أن أوضحناهما ، على التعبير التصرفي ، ونصل عندها إلى صياغة القاعدتين الآتيتين في نطاق التصرف القانوني وهما :

(١) إن التعبير (المظنة) هو بديل الإرادة (المنة) ، وهو مناط الأحكام .

(٢) إن التعبير (المظنة) هو دليل قطعي على وجود الإرادة (المنة) .

ونشرع هنا في إيضاح هاتين القاعدتين :

٢٩٨ — التعبير هو بديل الإرادة : سبق أن رأينا عند بحثنا ضرورة الإظهار أن التعبير عن الإرادة ليس مجرد دليل على وجود الإرادة الباطنة ، وأن للتعبير قيمة خاصة ^(٢) . وتقدم لنا هنا قواعد العلة دليلاً جديداً على خصوصية هذه القيمة . وعلى ضوء هذه القواعد نستطيع أن نقرر أن التعبير هو في الأصل بديل الإرادة في الفقه

(١) الفروق القرآني ، ج ٢ ، ص ١٧٧ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٥١ ، ص ٤٩ .

الإسلامي^(١) . وندعم رأينا هذا بما نقله من نصوص فقهية :

جاء في الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : « قال بعض المحققين : ولما كان البيع وغيره من المعاملات بين العباد ، أموراً مبنية على فعل قلبي ، وهو طيبة النفس ورضا القلب ، وكان ذلك أمراً خفياً ، أقام الشرع القول المعبر عما في النفس مقامه وناط به الأحكام ، على ما اعتيد من إقامة الأمور الظاهرة المنضبطة مقام الحكم الخفية في تعليق الأحكام بها^(٢) » .

وجاء في الفروق للقرافي : « وإن كان الوصف خفياً أو غير منضبط ، أقيمت مظنته مقامه وأما الخفي الذي لا يطلع عليه ، فكالرضا في انتقال الأملاك ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » . فإن الرضا ، لما كان أمراً خفياً ، جعلت الصيغ والأفعال في بيع المعاطة قائمة مقامه لأنه يظن عندها ، وألغى الرضا إذا انفرد عنها^(٣) » .

وجاء في البدائع : « وإضافة الأحكام إلى الأسباب الظاهرة أصل في الشريعة^(٤) » . وجاء أيضاً : « ومهما أمكن العمل بظاهر اللفظ من غير تغيير كان أولى^(٥) » . وأخيراً جاءت المجلة بهذا الحكم العام الذي يلخص ماسبق : « دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه^(٦) » .

٢٩٩ — التعبير هو دليل قطعي على وجود الإرادة : سبق أن رأينا أن الأحناف يرون أن المظنة هي قرينة قاطعة على وجود المئنة ، وأن الجمهور يرون عكس ذلك . ونشير هنا أن مؤدى هذه النتيجة في مجال التصرف القانوني أن يكون الأصل

(١) ولئن صح فيما يفرض إليه التفسير الاتباعي لضرورة الإظهار قول الأخطل :

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلاً
فإن النظرة المتفحصة في جذور الصيغة التصرفية في قواعد العلة تدعونا إلى القول :
إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان عن الفؤاد بديلاً

(٢) أشير إليه سابقاً ، ف ٦٦ ، ص ٥٨ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) البدائع ، ج ٧ ، ص ٢٧٧ ، س ١٠ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٢١١ .

(٦) مجلة الأحكام العدلية م ٦٨ .

لدى الأحناف هو اعتبار الإرادة الظاهرة قرينة لا تقبل الدليل العكسي ، وأن يكون الأصل لدى الجمهور هو اعتبار الإرادة الظاهرة قرينة تقبل الدليل العكسي ، ومؤدى ذلك كما هو ظاهر أن يكون الأصل لدى الأحناف الأخذ بالإرادة الظاهرة ، وأن يكون الأصل لدى الجمهور الأخذ بالإرادة الباطنة . وتتساءل هنا ما هو مدى صحة هذه النتائج التى تفضى إليها تلك المقدمات الأصولية ؟ نستطيع أن نقرر ، بادئ ذي بدء ، أن هذه النتائج هى نظرية بحتة ، وهى ليست صحيحة على إطلاقها ، وليس يشفع لصحتها الخلاف القائم بين الأحناف والجمهور فى حكم عقد المكره الذى يستند إليه الأصوليون لدعم هاتين النتيجتين ، ذلك أن المسألة ليست هى على هذا القدر من البساطة . وسيتسنى لنا بيان حقيقة ذلك بصورة خاصة عند بحثنا للنظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة . ونقتصر هنا على بيان الخلاف بين الأحناف والجمهور فى عقد المكره كما صوروه الأصوليون كى يتسنى لنا بعد ذلك إدراك الفارق بين ما قرروه هنا وما سندهى إليه فى أبحاثنا القادمة .

جاء فى أصول الفقه للخضرى : « لاعتبرة بالظنة مع العلم بانتفاء المثنة وخالف فى ذلك أبو حنيفة فقال . . . إن العقد لما جملة الشارع مظنة ، فقد جملة مناطاً للحكم من غير اعتبار للتخلف فى بعض الأحيان . وقد رأى الجمهور أن هذا إفراط فى اعتبار المظنات ... »

ومما يشبه هذا الحكم ما قاله الحنفية من انقضاء بيع المكره فإن العلة الحقيقية فى مبادلة الملكية هى رضا المتعاقدين ، وقد جعل العقد الصحيح مظنة له ، ووجود الإكراه دليل على انتفاء المثنة . ولكن الحنفية اعتبروا المظنة ، وجعلوا عقد المكره مفيداً للملك بالقبض كبقية البيوع الفاسدة^(١) ، والجمهور يقولون هذا البيع لا يصلح

(١) لأننا نعتقد أن الفارق بين الأحناف والجمهور فى صدد عقد المكره ليس بالفارق الكبير ، كما يحاول الأصوليون أن يظهروه . ذلك أن عقد المكره لا ينقل الملكية بالقبض ، كما يشير إلى ذلك صراحة الخضرى ، فهو « باعتباره تصرفاً شرعياً لا ينتج أثراً ، ولكن الذى نقل الملكية إلى المشتري هو البيع الفاسد المقترن بالقبض باذن البائع باعتباره معاً واقعة مادية . . . ولو كان البيع الفاسد هو الذى نقل الملكية إلى المشتري باعتباره تصرفاً شرعياً ، لنقلها بالثمن المسمى فيه ، ولكنه نقلها بالقيمة أو بالمثل . فهذا دليل على أنه نقلها ، لا باعتباره تصرفاً شرعياً ، بل باعتباره واقعة مادية رتب عليها الشرع هذا الأثر الخاص حماية لحق الغير (راجع مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٨٦ وانظر أيضاً النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ، ف ١٧٠ و ١٧٢) » .

علة لتبادل الملك ، لفقدان العلة الحقيقية ، فلا تأثير له . والنتيجة أن التحقق من انتفاء ما جعلت العلة مظنة له يخرم مناسبتها ، فلا يجعلها صالحة للتعامل ولا لربط الحكم الشرعى بها ، لأنها لم تكن مناسبة إلا باعتبار كونها مظنة للناسب الحقيقي ، فإذا انتفى كونها مظنة قطعاً في نوع من الأنواع انتفى كونها مناسبة^(١) .

وجاء في كتاب أصول الفقه لأستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف : « قدمنا أن العلل الظاهرة المنضبطة إنما تبنى الأحكام عليها على أساس أنها مظان لحكمها ، وأن المظنة أقيمت مقام المثنة .

ولكن إذا قام الدليل على نفى أن يكون هذا الظاهر المنضبط مظنة لحكمة الحكم فقد دل على أنه فقد أساس العملية ، ولم يبق علة ، فالإكراه على البيع نفى أن تكون الصيغة مظنة التراضى الذى هو دليل الحاجة ، فالصيغة من المكروه ليست علة ، والزوجية التى ثبت فيها أن الزوجين لم ياتهما من حين العقد لم تبق مظنة ، لأن الزوجية حملت من زوجها ، فليست علة لثبوت النسب^(٢) » .

وقال أيضاً في كتابه مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه :

« ولا يصح التعليل بأوصاف مناسبة بأصلها ولكن طراً عليها في بعض الجزئيات ما ذهب بمناسبتها ، وجعلها قطعاً غير مظنة لحكمة التشريع . فصيغة البيع من المكروه لا تصلح علة لنقل الملكية ، وزوجية من ثبت عدم تلاقيهما ، من حين العقد ، لا تصلح علة لثبوت النسب^(٣) » .

وقال أيضاً : « وأما حيث تكون العلة غير مفضية إلى المقصود منها قطعاً ، فلا خلاف في أنها تنخرم مناسبتها ، ولا تكون علة للحكم ؛ ولهذا لا يثبت النسب بزواج مشرق بمغربية ، ثبت عدم تلاقيهما من حين زواجهما . ولا يثبت الملك في البدلين ببيع المكروه ، لأنه ما دام قد ثبت عدم تلاقي الزوجين ، انتفى أن يكون زواجهما مظنة للاتصال الجنىسى ، وما دام البيع بالإكراه ، انتفى أن تكون الصيغة

(١) أصول الفقه للخضرى ، ص ٣٧٩ — ٣٨٠ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ص ٧٥ .

(٣) مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ص ٤٥ .

مظنة التراضي ، وإذا انتفى كون الوصف مظنة للمثنة ، لم يصلح أن يكون علة .
والحنفية القائلون بثبوت النسب في زواج المشرق بالمغربية ، قالوا أنه لم ينقف
قطعاً كون هذا الزواج مظنة ، لاحتمال أن يكون أحد الزوجين من أهل الخطوة ؛
وهذا مبني على الاعتقاد في كرامات الأولياء ، وما كان ينبغي أن يبني على هذا تشريع
عمل قضائي^(١) . »

المبحث الثاني

مسوغات الاعتداد بالمظنة

٣٠٠ - نبحت فيما يلي السبب الذي حدا بالفقهاء إلى : (١) إشار المظنة على
المثنة . (٢) إشار الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة .

٣٠١ - (١) إشار المظنة على المثنة : إن الأسباب التي حدثت بالفقهاء إلى تحويلهم
من المثنة إلى المظنة رغم اعترافهم بأن الأولى هي العلة على الحقيقة^(٢) يمكن ردها إلى
سبب داخلي في العلة ذاتها وهو خفاء الحكمة واضطرابها ، وسبب خارجي عنها وهو
نزوع الفقه الإسلامي نحو استقرار التعامل واطراد الأحكام .

٣٠٢ - (١) خفاء الحكمة واضطرابها : ونشير هنا إلى أن تعليل التعويل على
المظنة باضطراب الحكمة وخفائها هو مقصور على الرأي المقتصد في عزوفه عن المثنة
ذلك أن هذا الرأي يتوسط رأيين آخرين :

رأى يعمن في عزوفه عن الحكمة ، وينيط الحكم بالمظنة دونها ، حتى ولو زال
اضطرابها ، ويسمى هؤلاء بالنامين من التعليل بالحكمة مطلقاً ، وفي اتجاههم تتجلى
النزعة الموضوعية البحتة .

ورأى آخر يعمن في ثقته بالحكمة ، ولا يجد حرجاً في إناطة الحكم بها ،
مضطربة كانت أو غير مضطربة ، ويسمى أصحابه بالمجوزين مطلقاً وفي اتجاههم تتجلى
النزعة الذاتية البحتة .

(١) المرجع السابق ، ص ٥١ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٧٢ ، ص ٦١ - ٦٢ .

إن هذا الرأي الأخير — وهو الرأي الأضعف — ينسجم في نظرتي إلى التمييز ، مع الصدارة التي أعطاها للإرادة الباطنة . وهو يظل في هذه النظرة ، أميناً على نقطة انطلاق الأصوليين ، التي ذهبوا فيها إلى أن الحكمة هي متبوع لا تابع ، ولنتابع فيما يلي ، الدليل الذي أتى به أصحابه مع الرد عليه ، كما عرضه الأستاذ مصطفى الشلي في كتابه تعليل الأحكام :

« استدل المجوز مطلقاً : بأنه وقع الاتفاق على جواز التعليل بالمظنات ، لادانتها ، بل لأجل تلك الحكمة ، فإذا جاز التعليل بالتابع ، جاز التعليل بالمتبوع ، بل كان أولى . والجواب : أنه لا نزاع في أن الوصف تابع ، ولكن السبب في إناطة الحكم بالأوصاف الظاهرة تبعاً للحكمة ، هو اضطراب الحكمة أو خفاؤها ، وما دام هذا المانع موجوداً ، امتنع التعليل بها ، ولو كان مجرد التبعية مجوزاً ، كما يدعى هذا المستدل ، لما كان هناك حاجة إلى إناطة الحكم بالوصف الظاهر ، وهو غير المتفق عليه^(١) . »

وهكذا نرى أن خفاء الحكمة واضطرابها هو الذي جعل الأصوليين يزورون عنها ، رغم إقرارهم بصداقتها . وهم يرون ، أن كون الحكمة متبوعة لا يشفع لها في هجرها ، ما دامت خفية ، وكون المظنة تابعة لا يضير في الحرص عليها ، ما دامت ظاهرة جلية .

٣٠٣ — (ب) استقرار التعامل : لقد أبان عن هذا السبب الأستاذ عبد الوهاب خلاف بقوله :

« ولا يستقيم ميزان التكليف والتعامل إذا ربطت الأحكام بـ [الحكمة] . . فالشارع الحكيم لما اعتبر لكل حكم علة ، هي أمر ظاهر منضبط ، بظن تحقق الحكمة بربط الحكم به ، جعل مناط الأحكام عللها ، ليستقيم التكليف ، وتتسق

(١) تعليل الأحكام الأستاذ مصطفى الشلي ، ص ١٣٩ .

أحكام المعاملات ، ويعرف ما يترتب على الأسباب من مسببات . وتختلف الحكمة في بعض الجزئيات ، لا أثر له بإزاء استقامة التكليف ، واطراد الأحكام ، ولهذا قرر الأصوليون ، أن الأحكام الشرعية تدور وجوداً وعدمًا مع عللها ، لأمع حكمها ، وبعبارة أخرى ، إن مفاد الحكم الشرعي مظنته لا مثنته^(١) .

٣٠٤ - (ح) اطراد الأعطام : تعرض الأستاذ الشلبي لاستقصاء هذا السبب ، بعد أن تساءل عن سر النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي ، ثم انتهى إلى القول ، بأن هذه النزعة هي وليدة صناعة فقهية دخيلة على الفقه ، أوجدها أصحاب التخريج ليضبطوا بها الفروع المنشورة بأقيسة عامة ، وأن إغراق هؤلاء في هذه الموضوعية ، هو الذي انتهى إلى تجاهل نزعة الفقه الإسلامي الأصلية ، التي نجدتها في القرآن والسنة وأقوال الصحابة ، الذين كانوا يفسحون مجالاً للنزعة الذاتية ، عن طريق تعليمهم بالمصالح .

جاء في تعليل الأحكام :

« يظهر للمتتبع لسكلام الأصوليين في بحث العلة ، إتفاقهم على جواز التعليل بالأوصاف الظاهرة . . . وهنا أسائل نفسي عن سر هذا الاتفاق ، وما منشؤه ؟ أله سبب ، أم جاء وليد الصدفة ؟ والجواب عن هذا يحتاج إلى بحث شيء آخر هو : هل هذه الأوصاف التي اتفقوا على التعليل بها ، علل بذاتها ، أو باعتبار شيء آخر وراءها ، كان من أجله ذلك الوصف علة . »

وبعد أن يقرر أن هذه الأوصاف ليست عللاً بذاتها ، وأنها علل باعتبار شيء آخر وراءها ، وهو الحكمة ؛ يقول « وإذا ضمنا إلى ذلك ، أن خلاف هؤلاء الأصوليين في التعليل جاء بعد اختلافهم في تعليل أقوال الله وأحكامه ، وأن كل واحد متأثر بمذهبه هناك . »

وأن المانعين اضطروا إلى القول بالعلة هنا لأجل القياس ، واصطاحوا على معنى العلة وهو الوصف الظاهر .

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ص ٧٦ .

وأن المجوزين انتقلوا بالتعليل إلى ذلك المعنى ، بحسابة المخالفين ليتحد موضع الكلام عند الجميع .

وأن هؤلاء جميعاً لم يكونوا مجتهدين في استنباطهم للعلل بل كان عملهم محصوراً في الوقوف على تعليقات أئمتهم للفروع التي نقلت إليهم ، لما قامت المناظرات بينهم ، ليضبطوا تلك الفروع بأقيسة عامة شاملة ، وعلل ظاهرة غير مضطربة ، ليسيروا عليها في التخريج محافظين على المذهب وما فيه .

إذا عرفنا ذلك ، أدركنا في سهولة سر هذا الإتفاق ، وأنه لم يكن وليد الصدفة . وكثيراً ما وجدنا الفقهاء المقلدين يمللون بالوصف الظاهر دون الحكمة والمصلحة مع اعترافهم بأنها العلة على الحقيقة فراراً من نقض يرد عليها بفرع من فروع المذهب . ولقد صرح إمام الحرمين في برهانه في غير موضع ، بأن الأصوليين أرادوا ضبط التعليل بضوابط حتى لا تترك لاصطلاح كل واحد ، فيقع الخلط في الاجتهاد ، بعد أن قرر أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يمللون بالمصالح ويتبعونها في اجتهادهم ولكنهم لم يضبطوا هذه المسالك ، وأن الرواة لم يضبطوها كذلك^(١) .

وبعد أن يأتي الأستاذ الشامي بمدة أمثلة ، من القرآن والسنة وأقوال الصحابة والأئمة ، كان التعليل فيها بالحكمة لا بالمظنة ، ينتهي إلى هذه النتيجة فيقول :

« والذي يظهر لي — والله أعلم — أن منع هؤلاء التعليل بالحكمة ، لم يكن لأنه لم يرد في الشرع ، أو أن الأئمة لم يمللوا بها ، بل ذلك في المناظرة فقط ، بعد أن عرفنا أن هذا العلم جاء وليد المناظرات بين أتباع الأئمة ، فحاولوا ضبط المذهب وأقيستها بعلم شاملة ظاهرة ليست على غرار تعليقات الأئمة^(٢) » .

وهكذا تنتهي الصناعة الفقهية بالفقهاء ، إلى تغليب النزعة الموضوعية على النزعة الذاتية ؛ هذا التغليب ، الذي كان من آثاره في النطاق التماقدي ، كما سنرى ، تغليب

(١) تعليل الأحكام ، ص ١٣٠ — ١٣٥

(٢) نفس المصدر ، ص ١٤٨ .

الإرادة الظاهرة (المظنة) ، على الإرادة الباطنة (الحكمة) ، واعتبار الأولى أصلاً دون الثانية ، فبرز الأولى على مسرح العلاقات الشرعية ، وتناط بها الأحكام ، وتظل الثانية تعمل من وراء ستار ، كمنصر رئيسى فى واقع الأمر ، ثانوى فى واقع الصناعة الفقهية^(١) .

٣٠٥ - (٢) إشار الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة : رأينا فيما سبق العوامل البعيدة التى دعت الفقه الإسلامى إلى الوقوف عند الظاهر الملموس بوجه عام ونشير هنا إلى أن هذه العوامل — ولا سيما عامل استقرار التعامل وما ينطوى عليه من نزوع نحو البعد عن مواطن النزاع — كانت ذات أثر واضح فى الاعتماد على الظاهر فى مجال الصيغة التصرفية^(٢) .

على أن ثمة سبباً خاصاً قد دعا الفقهاء إلى التعويل على الظاهر فى مجال الصيغة يطمئن علينا أن نشير إليه هنا : إنه التباين الواضح بين الدعوة الرضائية التقديمية التى أرسى القرآن الكريم قاعدتها الذهبية فى الآية الكريمة : « إلا أن تكون تجارة عن تراض » والتى نادى بها الرسول الأعظم فى محكم كلامه : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ، وبين ما تواضع القوم عليه آنذاك من ركون إلى الملموس والظاهر فى بيوع الملامسة والمنايذة ورمى الحصة . ولئن كانت الطفرة فى حياة الشعوب عسيرة الوقوع ، وكانت الشعوب الأخرى فى ذاك العصر ترسف فى قيود الشككية ، فلقد كان لا معدى لهذه الدعوة القرآنية الجديدة من أن تعاقلم بالبيئة التى عاشت فيها ، وأن تغلن بالعقلية التى تلقى وتمثلها . ولقد كان من ثمرات هذا المنطق ، وذلك التألم أن أحاط الفقهاء بمبدأ الرضائية الذى يبشر به الدين الجديد بقيود تظهر فى صورة إشار اللفظ حيناً ، وفى صورة الاعتداد بالإرادة الظاهرة حيناً آخر . . .

(١) راجع ما سبق ، ف ٧٢ ، ص ٦١ — ٦٢ .

(٢) ونستطيع أن نقول هنا أن ورع الفقهاء المسلمين وابتعادهم عن تولى مناصب القضاء ، بل نفورهم منه ، هو الذى دعاهم إلى إيجاد ضوابط فقهية تيسر التعرف على العوامل الذاتية من المظاهر الموضوعية ، وهذا المسلك فى نظرنا ذو فائدة مزدوجة : فهو يمكن الأفراد من إدراك وجه الحل والحرمة بسهولة ، ويخفف من عدد القضايا المرفوعة إلى القضاء .

الفصل الثاني

الصراخ والكنايات

٣٠٦ — إن تقسيم التعبيرات إلى صراخ وكنايات هو تقسيم أساسي في الفقه الإسلامي ، وهو يهيمن فيه على كل تنظيمه للتعبير عن الإرادة بحيث إن طبيعة التعبير بحسب ما إذا كان صريحاً أو كناية تدخل في حل كل مسألة وتصبح فيها اعتباراً رئيسياً . ولئن مر معنا أن تقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة هو التقسيم البارز في القانون الألماني ، فنحن نستطيع أن نقول إن التقسيم البارز في الفقه الإسلامي هو تقسيم التعبيرات إلى صراخ وكنايات . ويلاحظ هنا أن التقسيم الأول يحل مشكلة الركن المادي للتعبير . أما التقسيم الثاني فهو يتناول في الدرجة الأولى أمر العلاقة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة . وهو يعول كما سنرى على الإرادة الظاهرة في الصراخ ، وعلى الإرادة الباطنة في الكنايات .

المبحث الأول

الصراخ

٣٠٧ — يمتد الفقه الإسلامي في التعبيرات اللفظية بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة . وتسكون الإرادة واضحة إذا كان التعبير اللفظي صريحاً وتشكل فيما يلي في مفهوم التعبير الصريح ، ثم نعرض بصورة له في المتمحضات للحال أو الاستقبال .

الفرع الأول

مفهوم التعبير الصريح

٣٠٨ — تعريفه : جاء في المنار : «الصريح ما ظهر المراد به ظهوراً بيناً ، حقيقة (٢٠ — التعبير عن الإرادة)

كان أو مجازاً ، كقوله : أنت حر وأنت طالق^(١) .

وفي كشف الأسرار : « الصريح اسم لما فهم معناه منه بنفسه^(٢) » .

وفي الأشباه والنظائر : « الصريح اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق^(٣) » .

وفي رد المحتار : « الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه في نفسه ، فيتناول الحقيقة غير المهجورة ، والمجاز المتعارف . فالأول : كأمرتك والثانى : كأطعمتك أرضى^(٤) » .

وفي شرح السكز : « الصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً حتى صار مكشوف المراد بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع ، حقيقة كان أو مجازاً^(٥) » .

وفي البدائع : « الصريح اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع^(٦) » .

وعرفه الأستاذ أبو سنة : « الصريح ما تبادر خصوص المراد منه لفظة الاستعمال^(٧) »^(٨) .

٣٠٩ — فضائص : نستطيع أن نستخلص من التعريفات السابقة خصائص

أربعة للتمييز الصريح :

(١) المنار لابن ملك ، ص ١٦٤ — ١٦٥ .

(٢) كشف الأسرار ، ج ١ ، ص ٦٧ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٣٩ ، س ١٦ .

(٤) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٥٢٥ .

(٥) تبيين الحقائق ، ج ٢ ، ص ١٩٧ ، س ١٢ .

(٦) البدائع ، ج ٤ ، ص ٤٦ . س ٧ .

(٧) العرف والمادة في رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ١٤٨ .

(٨) ويلاحظ هنا أن الصريح الذى يقابل الكناية ، ليس هو نفس الصريح الذى يقابل الدلالة فقد يكون التعبير صريحاً ، ودلالة فى آن واحد ، كما هو الحال فى ركوب الدابة ، فى حال خيار العيب ، بعد اطلاعه على العيب . فهنا الركوب ، كما سئى ، هو إجازة ضمنية ، لأن المظهر الذى اتخذته صاحب التعبير ليس مظهراً موضوعاً فى ذاته لاكتشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف من الناس . وهو فى نفس الوقت صريح لا كناية لأن حكمه الشرعى يثبت بلا فية .

(١) إن الصريح يشمل الحقيقة والمجاز ، كما جاء في تعريف المنار ، وهو في هذه الخاصة يشترك مع الكناية .

(٢) إن ألفاظ الصريح ذات قدرة ذاتية تستطيع بواسطتها أن تنير المعنى المقصود الذى تنطوى عليه . وهذه الخاصة ينفرد فيها الصريح ويمتاز بها عن الكناية ، التى تعجز ألفاظها عن إنارة المعنى الذى تنطوى عليه ، وتفتقر إلى كاشف خارجى لهذا المعنى ، يستمد السامع من قرينة مصاحبة أو بيان لاحق . وتستفاد هذه الخاصة من تعريف كشف الأسرار الذى جاء فيه أن الصريح « ما فهم معناه منه بنفسه » ومن تعريف رد المحقار الذى جاء فيه أن الصريح « ما انكشف المراد منه فى نفسه » .

(٣) إن اللفظ الصريح ذو معنى وحيد منحصر . وهو كما جاء فى أشباه السيوطى « موضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق »

(٤) إن المرجع فى تحديد معنى التعبير الصريح هو السامع ، وقد أشار صاحب البدائع إلى ذلك بقوله الصريح « اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع » أو هو بعبارة أخرى المجتمع ، كما يفيد تعريف الأستاذ أبى سنن الدى عرفه بقوله « الصريح ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال » .

أما المرجع فى تحديد معنى التعبير الكناية فهو المتكلم لا السامع . إن صاحب التعبير فى هذا الضرب من التعبيرات هو الذى يحدد المعنى الذى قصد إليه . وبعبارة أخرى نستطيع أن نقول إن التعبير الصريح هو ذو طابع موضوعى اجتماعى ، لا شأن لمصاحبه فى تحديد مضمونه . أما التعبير الكناية فهو ذو طابع ذاتى فردى مرن ، لمصاحبه الدور الأول فى تحديد هذا المضمون .

٣١٠ — دور العرف فى صرامة الصيغ : « إن لوجود العرف وغلبة الاستعمال

وعدمه الأثر فى صراحة الصيغ وكنايتها ، فقد يغلب على الألسنة استعمال صيغة من الصيغ فى مراد خاص ، فيتبادر منها فتصير صريحاً لا يفتقر إلى نية وقرينة ، كما فى

الحقيقة العرفية منقولة أو مترجمة ، والحقيقة اللغوية التي أقرها العرف ، والمشارك الذي جرى العرف باستعماله في أحد معانيه ، والمجاز المتعارف .

وقد يحتمل اللفظ معاني ، ولا يغلب استعماله في أحدها ، فيستتر المراد منه ، فيكون كناية ولا يترتب عليه أثره إلا مع نية ، أو قرينة حالية أو مقالية ، كما في المشترك ، والمجاز غير المتعارفين إذا خفيت قرينتهما .

قال في إعلام الموقعين : « وعلى هذه القاعدة ، أى اعتبار الموائد ، تخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصراخ والكنايات . فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية وقد يصير الكناية صريحاً تستغنى عن النية » .

وقال في فتح القدير من آخر الإيلاء : « والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة » .

ورأينا محمد بن الحسن يقول في قول الرجل كل حل على حرام ، يقع به الطلاق إن نواه . ثم أفتى مشايخ بلخ بأنه يقع به الطلاق بلا نية ، لغلبة الاستعمال ، فصارت الكناية صريحاً بالعرف^(١) .

٣١١ - صفة المميزة : إن الصفة المميزة للتعبير الصريح هي استقلال عنصره المادى في توليد الأثر الشرعى دون العنصر المعنوى . إن أثر التصرف الذى يتم عن طريق التعبير الصريح يتصل باللفظ دون النية . ويقرر الأصوليون هذه الحقيقة بجلاء عند ما يشيرون إلى حكم الصريح ، فهم يقولون « إن الحكم الشرعى يتعلق بنفس

(١) العرف والعادة في رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبوسنة ، ص ١٤٨
هذا وقد أشار قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام ١٩٥٣ إلى دور العرف في التعبيرات الصريحة . فقد نصت المادة ٩٣ منه على أن الطلاق « يقع بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية . ويقع بالألفاظ الكناية التي تحتل معنى الطلاق وغيره بالنية » .
ونصت المادة ٦ منه على أن : « الإيجاب والقبول في الزواج يكون بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً » .

الكلام ، أراده أو لم يردده » . أو أن حكم الصريح « تعلق الحكم بعين الكلام ، وقيامه مقام معناه » حتى استغنى عن العزيمة » .

جاء في التلويح على التوضيح : « فالصريح لا يحتاج إلى النية ، يعنى أن الحكم الشرعى يتعلق بنفس الكلام ، أراده أو لم يردده ، حتى لو أراد أن يقول « سبحان الله » فجرى على لسانه « أنت طالق » أو « أنت حر » يقع الطلاق أو العتاق نعم لو أراد فى « أنت طالق » رفع حقيقة القيد ، يصدق ديانة لا قضاء .
والكناية تحتاج إلى النية ، أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال ، ليزول ما فيها من استتار المراد والتردد فيه^(١) .

ويلاحظ أن الأمثلة التى أتى بها صاحب التلويح تتصل بالطلاق والعتاق وهى من التصرفات التى لا يشترط فيها الرضا من حيث المبدأ . أفقتصر خاصة التعبير الصريح المذكورة على هذه التصرفات أم أنها تشمل التصرفات الأخرى التى يشترط فيها الرضا ؟

الواقع أن هذه الخاصة لا تقتصر على التصرفات الأولى بل تشمل الأخيرة ولقد أشار شارح المنار إلى هذا الشمول عند ما أتى بمثال عن التعبير الصريح فى عقد البيع .
جاء فى المنار :

« وحكمه تعلق الحكم بعين الكلام ، وقيامه مقام معناه ، حتى استغنى عن العزيمة » . وجاء فى شرح المنار لابن ملك :

« المراد منه يعنى لغاية وضوحه وظهوره ، جمل كأنه نفس معناه الحاصل فى الذهن وليس فيه توسط اللفظ ، حتى يحتمل شيئاً آخر — حتى استغنى عن النية ، ولا ينظر إلى أن المتكلم أراد ذلك المعنى أو لم يرد كقولك بعت واشتريت . فإن المقصود حاصل بهما ، نوى أو لم ينو كالطلاق والعتاق^(٢) » .

٣١٢ — بعد أن عرفنا الصفة المميزة للتعبير الصريح ، نتساءل عن الثمن الذى يدفعه هذا التعبير لتلك الصفة . وبعبارة أخرى ماهو القيد الذى أحاط به الفقهاء التعبير الصريح ليتسنى له التمتع بهذه ميزة ؟

(١) التلويح على التوضيح ج ١ ، ص ١٢٢ ، س ٣٢ .

(٢) شرح المنار لابن ملك ، ص ١٦٥ .

إن هذا القيد هو اعتراف المجتمع بهذا التعبير . وشرط هذا الاعتراف هو غلبة استعمال التعبير في معنى وحيد منحصراً . فإدام التعبير قد تردد على الألسن ، وغلب استعماله في هذا المعنى ، واستقر في وجدان المجتمع وذاكرته . فمن الواجب عندئذ الاعتراف به ومنحه الأولوية على بقية المعاني التي توارث أمامه . ولا محل هنا للاعتداد بقصود الأفراد الخاصة من هذا التعبير ، مادام المجتمع قد أكثر من استعماله في قصد معين . إن كثرة الاستعمال التي يستهدف إليها تعبير معين في قصد معين تسوِّغ حلول هذا التعبير محل هذا القصد ، ومعيار غلبة الاستعمال المعتبرة هنا هي تبادل المعنى الذي شاع قصده من اللفظ ، إلى ذهن السامع بمجرد السماع .

وإذا تخلف هذا المعيار ، انتفت تلك الميزة القاضية بسيادة العنصر المادى على العنصر المعنوى ، وفي حالة هذا التخلف نكون أمام إحدى حالتين :

(١) حالة يسود فيها العنصر المعنوى على العنصر المادى وهى الحالة التي يحتمل فيها استعمال التعبير في معاني متعددة .

(٢) وحالة يهدر فيها كل من العنصرين المعنوى والمادى ، وهى الحالة التي يندر فيها استعمال التعبير في المعنى الذي قصد إليه صاحبه .

أما الحالة الأولى : فهى حالة التعبير (الكناية) — وهى مقابل الصريح وفيها يستعيد العنصر المعنوى دوره ، وهذا الأخير هو الذى يحدد مصير التصرف .

أما الحالة الثانية : فهى حالة التعبيرات الغريبة الفردية ، التي يندر بل ينعدم استعمالها في المجتمع ، وقد ذكر ابن عابدين منها صورتين :

« إن من تشاجر مع زوجته فأعطاها ثلاثة أحجار ينوى الطلاق ، ولم يذكر لفظاً لا صريحاً ولا كناية ، لا يقع عليه ، كما أفتى به الخليل الرملى وغيره .

وكذا ما يفعله بعض سكان البوادي من أمرها بخلق شعرها لا يقع به طلاق وإن نواه ^(١) » .

إن التدقيق في الحالات الثلاثة المذكورة تدل بوضوح على أن القوة الشرعية

(١) رد المختار ، ج ٢ ، ص ٤٢٨ ، س ٣٠ .

للعنصر المادى للتعبير تدور مع تداوله فى المجتمع ؛ فتمت غلب هذا التداول ، طفت هذه القوة على العنصر المعنوى ، وقبل التعبير قبولاً غير مشروط . ومتى اعتدل هذا التداول ، قبل العنصر المادى قبولاً مشروطاً ببيان العنصر المعنوى . أما إذا ندر أو انعدم ، فحينئذ يهدر ، ولا مجال لقبوله مطلقاً .

٣١٣ — وتتساءل هنا : أمن صلة بين هذه الصفة المميزة التى رأيناها فى حلول اللفظ محل النية فى التعبير الصريح ، وبين مارأينا فى بحث العلة من اعتبار اللفظة دون المثنة ؟ الواقع أن ثمة صلة وثيقة بين هاتين الظاهرتين ، وهى صلة التطبيق بالقاعدة . فالقاعدة فى بحث العلة كما مر تقضى باعتبار اللفظة الظاهرة وإغفال المثنة الخفية ، وتطبيق هذه القاعدة فى مجال التعبير الصريح — وهو ضرب من ضروب العلة — يقضى باعتبار العنصر المادى الظاهر ، وإغفال العنصر المعنوى الخفى . فالتعبير الصريح هو النموذج الصحيح الذى تتحقق فيه المميزات التى أسندها الأصوليون إلى اللفظة .

على أننا إذا مارجعنا إلى التعبير الكناية نجد العنصر المعنوى فيه محترماً وملتفتاً إليه . فهل يتنافى هذا الالتفات ومارأينا فى بحث العلة من إهدار كلى للعنصر المعنوى ؟ وهل يتعارض هذا الاحترام والقاعدة القائلة بدوران الحكم مع اللفظة دون المثنة ؟

وبعبارة أخرى إذا اعتبرنا التعبير الصريح تطبيقاً لقاعدة العلة المشار إليها . أفلا يعتبر التعبير الكناية تطبيقاً لهذه القاعدة ؟ أو ليس هو بدوره علة كالتعبير الصريح ؟ لسكى نجيب عن ذلك يجب أن نتعرف على الصفة الأساسية للعلة . إن الصفة الأساسية فى العلة هى فى دوران الحكم حول العنصر المادى الظاهر دون العنصر الخفى كما مر فهل الحكم فى الكناية يدور حول عنصرها المادى الظاهر أم المعنوى الخفى ؟ فإذا كان الأول كان التعبير الكناية علة لا محالة .

الواقع أن الحكم فى الكناية يدور حول العنصر المادى . فلا تمارض إذن بين الالتفات إلى العنصر المعنوى فى الكناية والقاعدة القائلة بدوران الحكم مع اللفظة دون المثنة . أما دليلنا على اتصال الحكم بالعنصر المادى فى الكناية دون المعنوى فنجده فى انتداح الأثر بمجرد صدور التعبير لا بالبيان اللاحق من صاحبه ، أو إن شئت فقل إن الأثر ينقدح بمجرد صدور التعبير الكناية معلقاً على بيان صاحبه .

ولو انقذ الأثر من وقت صدور البيان ، لأمكن القول بوجود التعارض بين احترام
العنصر المعنوى وما رأيناه فى بحث العلة من إغفال له . أما وأن الأثر ينقذ بمجرد
صدور العنصر المادى ، فهذا دليل واضح على أن إعمال العنصر المعنوى فى الكناية
لا يقذ بقواعد العلة الأساسية التى تقضى بدوران الحكم مع الظنة لا المثنة . وعلى
ذلك تظل مهمة العنصر المعنوى فى الكناية مقصورة على تحديد اتجاه اللفظ . إنه مجرد
كاشف مفسر . أما اللفظ فهو محور مولد للآثار ، وتوليد الآثار هو الغاية التى يسمى
إليها التصرف . ويظل العنصر المعنوى وحده قاصراً عن بلوغها .

فالصریح والكناية يتفقان إذن فى اتصال الحكم بعنصرهما المادى وهما لا يختلفان
إلا فى مقدار الثقة الممنوحة إلى هذا العنصر . وهذه الثقة ، كما رأينا ، أساسها وفرة
استعمال اللفظ . فالعنصر المادى فى التعبير الصریح موثوق به ، لأنه وحيد الاتجاه .
وهذه الوحدة فى الاتجاه الناتجة عن غلبة الإستعمال تقضى حتماً إلى استقرار التعامل .

أما العنصر المادى فى التعبير الكناية فهو متعدد الاتجاه ، لا ينتظم معنى وحيداً
منحصرأ كالصریح . وعلى هذا فلا مجال لثقة للثقة به ، لأن هذا التعدد فى الاتجاه يؤدى إلى
ترزع التعامل لا استقراره ، ولا سبيل إلى هذا الاستقرار إلا بالرجوع إلى صاحب
التعبير نفسه ليحدد الاتجاه الوحيد المقصود من تعبيره .

نستخلص مما تقدم أن الفقه الإسلامى إذ يعتمد على العنصر المادى فى الصریح ، يستند
على ما لهذا العنصر من قدرة كبيرة على تأمين استقرار التعامل . والدليل على ذلك أن هذا
الفقه سرعان ما يزور عن هذا العنصر عند ما يفقد الأساس الذى يرتكز عليه فى اعتماده عليه
وهو قدرته على تأمين استقرار التعامل ، وهو فى هذه الحالة يعهد إلى العنصر المعنوى فى تقرير
مصير التعبير . وهذا العنصر الأخير هو الهدف الأسمى الذى يسمى إليه الفقه الإسلامى .
ذلك أن هذا الفقه لم يعتبر اللفظ الصریح مجرداً عن بطائنه الذاتية إلا لكونه مفروضاً
فيه احتواؤها لكثرة الاستعمال . أما وقد ثبت عدم انتظامه لها فى الكناية بيقين لقا
الاستعمال . فن الخیر فى هذه الحالة الرجوع إلى المصدر الأول للإلتزام وهو الإرادة
الباطنة لتبديد هذا الارتياب وإحلال اليقين محل الشك عن طريق تحديد المعنى
المقصود بالعنصر المادى .

٣١٤ - مرود هذه الصفة المميزة : سبق أن ذكرنا أن الشارع لا يحفل بالعنصر المعنوي في التعبير الصريح . فهل تجرى هذه اللامبالاة على إطلاقها أم أن لها حدوداً معينة يكثرث الشارع فيما وراءها بهذا العنصر ؟ نستطيع أن نقرر ، باديء ذي بدء ، بأن هذه اللامبالاة لا تجرى على إطلاقها ، بل هي نسبية ، تختلف حسب المذاهب الفقهية من جهة وحسب نوع الحكم المتولد عن التعبير الصريح من جهة أخرى ففي نطاق الحكم الدياني ، يكون الأصل الحرص على العنصر المعنوي . وفي نطاق الحكم القضائي ، يكون الأصل الزهد بهذا العنصر . وسنعود إلى هذه المسألة ثانية عند بحثنا للنظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة .

الفرع الثالث

التمحضات للحال أو الاستقبال

٣١٥ - تنقسم الصيغ الزمنية في الفقه الإسلامي إلى صرائح : وهي التمحضات للحال أو الاستقبال ، ويعتمد فيها بالإرادة الظاهرة . وكنايات : وهي المحتملات للحال والاستقبال ، ويعتمد فيها بالإرادة الباطنة . ونشرع هنا في بيان النوع الأول مرجئين الكلام في النوع الثاني إلى المبحث القادم .

المطلب الأول

التمحضات للحال

٣١٦ - التمحضات للحال نوعان : نوع أجمع الفقهاء على تمحضه للحال ، ونوع اختلفوا فيه .

§ ١ - التمحضات للحال التي هي موضع إجماع الفقهاء

٣١٧ - تشمل التمحضات للحال المجمع عليها الصيغ الآتية : (أ) الماضي (ب) المضارع الملابس (ج) الأمر في عقود معينة (د) الاستفهام الملابس (هـ) الجمل الاسمية الملابس . ونستعرض فيما يلي هذه الصيغ :

(١) صيغة الماضي

٣١٨ - يؤثر الفقهاء الإسلاميون صيغة الماضي لانعقاد العقد ، ذلك لأن هذه الصيغة هي خير ما يصب به التعبير اللفظي لسكى يشف عن إرادة جازمة وصلت إلى حد البت والحسم . ويترتب على هذا الإيثار أن العقد ينعقد بمجرد صدور الصيغة الماضية وسواء أتجهت إرادة العاقد إلى التعاقد أم لم تتجه ، وبعبارة أخرى يؤخذ حال استعمال صيغة الماضي بإرادة العاقد الظاهرة لا بإرادته الباطنة . ونبحث فيما يلي المسوغات التي دعت الفقهاء إلى إيثار الماضي وتقديرنا لها .

٣١٩ - مسوغات الاعتداد بالماضية : يستند الفقهاء في تسوينهم لإيثار صيغة الماضي إلى أدلة نقلية وفنية :

٣٢٠ - التعليل النقلى : يذهب هذا التعليل إلى أن الآثار وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه كان يستعمل صيغة الماضي في عقود ، وأنه كان مقتصرأ عليه . فقد جاء في العناية : « وإنما لا ينعقد [بغير الماضي] لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذى يدل على تحقق وجوده ، فكان الانعقاد مقتصرأ عليه ^(١) » . ويذهب البعض في تعليل اقتصار الشارع على استعمال الماضي إلى أن العقود أمور معنوية يعطيها الشارع أحكاماً وآثاراً ، وليس العاقد هو الذى يعطيها الأحكام والآثار . وإذا كان الشارع هو الذى يعطيها أحكاماً ، فهو الذى ينفرد ببيان العبارات التى تنشئها . جاء في درر الحكام « وإنما اشترط ذلك [الماضية] لأن البيع إنشاء تصرف شرعى والنكاح كذلك ، والتصرف الشرعى لا يعرف إلا بالشرع ، والشرع قد استعمل اللفظ الموضوع للإخبار عن الماضي لغة في الإنشاء ليدل على التحقق والنبوت فيكون أدل على قضاء الحاجة ^(٢) » .

٣٢١ - التعليل الفنى : وهو يرى أن التمويل على الإرادة الظاهرة في صيغة الماضي عليه صعوبة إثبات الإرادة الباطنة من جهة ووضوح الإرادة في هذه الصيغة

(١) العناية على فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٥ . أنظر أيضاً الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ، ف ٣٨٣ ، ص ٢٦٧ ، حيث ارتضى المؤلف هذا التعليل .
(٢) درر الحكام لمن لا خسر ، ج ١ ، ص ٣٢٧ .

من جهة أخرى ويشير إلى ذلك الأستاذ السهوي إذ يقول : « إن الإرادة الظاهرة هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، لأن الجرى وراء نية العاقد والتحسس لما انطوت عليه سريره أمر عسير ^(١) » .

ويبدو أن أكثر الفقهاء يملكون وضوح الإرادة في صيغة الماضي بكونها أدل الألفاظ على تحقق الوجود حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار ، فكانت أنسب الألفاظ لإنشاء التصرفات . ونورد فيما يلي من النصوص الفقهية ما يشهد على ذلك : جاء في الهداية : « لأن الصيغة [الماضي] وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً ^(٢) » وفي الفتح : « وإنما اختيرت للإنشاء لأنها أدل على الوجود والتحقيق حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار ^(٣) » . وفي مجمع الأنهر : « والشرع قد اعتبر الإخبار إنشاء في جميع العقود فينعتق به ^(٤) » وفي شرح السكندر للعيني : « لأنه إنشاء ، وهو إثبات أمر لم يكن ، وليس له لفظ يختص به باعتبار الوضع ، فاختير فيه لفظ الماضي الذي ينبيء عن الثبوت دفعاً للحاجة ^(٥) » .

وفي القرآن الكريم نجد صوراً بليغة استعمل فيها الماضي للدلالة على أن الخبر عنه واقع لا محالة ، كما جاء في الآية السريعة « اقتربت الساعة وانشق القمر » .

٣٢٢ — اوعترصه على التعليل النقلي : لسنا نوافق الفقيه الباري على ما ذهب إليه من أن الرسول الأعظم كان يقتصر في عقود على استعمال صيغة الماضي . ونرى أن هذه الدعوى التي جاء بها صاحب العناية تفقر إلى دليل ، ذلك أن من الآثار ما يشير إلى أن الرسول عليه السلام لم يكن مقتصرأ على استعمال صيغة الماضي ، وأنه استعمل فعلاً صيغة الأمر في عقود ، فقد روى ابن حزم حديثاً لابن عمر جاء فيه : « كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر ، فكنت على بكرة ^(٦) صعب لعمر ، فكان يغلبني

(١) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٨٨ .

(٢) الهداية على فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، ج ٢ ، ص ٤ ، ص ٣٩ .

(٥) شرح السكندر للعيني ، ج ١ ، ص ١١٤ .

(٦) البكرة : الفتى من الإبل .

فيتقدم أمام القوم ، فيزجره عمر ، ويرده . ثم يتقدم ، فيزجره عمر ، ويرده . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » قال « هولك يا رسول الله » . قال « بعنيه » فباعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هولك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت » ^(١) .

وثمة حديث آخر ذكره ابن حزم ، استعمل فيه الرسول صيغة الأمر ، وهو مروى عن جابر بن عبد الله ، يقول فيه « إنه كان يسير على جبل له قد أعيا ، فرأى النبي صلى الله عليه وسلم فصر به ، فدعا له ، فسار سيراً ليس يسير مثله . ثم قال : « بعنيه بأوقيه » قلت « لا ! » ثم قال « بعنيه بأوقيه » فبعته ، واستثنيت حملانه إلى أهلي . فلما قدمنا أتيته بالجبل ، ونقدني ثمنه ، ثم انصرفت ، فأرسل على أثرى فقال : ما كنت لآخذ جملك ، فخذ جملك ذلك ، فهو مالك ^(٢) » .

٣٢٣ - دور العرف في صراحة صيغة الماضي : انتهى مما تقدم إلى أن التعليل

النقل لا يصلح أساساً لتعليل تقييد انعقاد العقد بصيغة الماضي . وهو في نظرنا لا يصلح أيضاً لتسوية اعتداد الفقهاء المسلمين بالإرادة الظاهرة في هذه الصيغة دون الإرادة الباطنة

وإنما التعليل الحقيقي السديد الذي يمكن أن يركن إليه إنما هو التعليل بالعرف ذلك أن للعرف في الفقه الإسلامي سلطاناً يبدو في مختلف فروعه ولقد أشار إلى أثره الكسائي حين قال : والعرف قاض على الوضع . ففي البدائع « إن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضماً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع ^(٣) » . وإلى دور العرف في هذا الصدد يشير الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة في كتاب العرف والمادة في رأى الفقهاء إذ يقول : « إن كل متكلم يحمل كلامه على عرفه ، سواء أكان ذلك في خطاب الشارع ، أو تصرفات الناس . فلفظ الصلاة تطلقه في اللغة على الدعاء ، ويطلقه الشرع على الأقوال والأفعال المخصوصة .. ومثل هذا أقوال الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات ؛ تحمل على عرفهم

(١) المحلى لابن حزم ، ج ٨ ، ص ٣٦١ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤١٨ .

(٣) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

في مخاطباتهم ؛ بمعنى أن الأحكام التي تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود وفسوخ وشروط وغيرها ، تجري على حسب ما يفيد اللفظ عرفاً ؛ بحيث تكون الصيغ العرفية في الالتزامات علماً جملية للأحكام ، تسبب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف ، كما في البيع والإجارة والزواج وشروط الواقفين والطلاق واليمين . فمثلاً : الأصل في البيع ألا ينعقد إلا بماضيين ، وإن وجد في صيغته مضارع فلا بد فيه من قرينة الحال ، أو نيته ؛ لأن المضارع ، وإن كان حقيقة للحال يغلب استعماله في الاستقبال والوعد . واستثنوا من ذلك ما إذا تعارفه قوم للحال ، كأهل خوارزم ، فإنه يصح بلا نية ولا قرينة^(١) .

هذا ويعود الفضل إلى الفقيه الكبير القرافي في إلقاء الضوء على ما للعرف من خطر في تصريح الصيغ المقدية وتحويلها من حال يعول فيه على الإرادة الباطنة إلى حال آخر يعول فيه على الإرادة الظاهرة فحسب . ونورد فيما يلي من الفروق أقوى نصوص وأوضحها في هذا الصدد :

قال صاحب الفروق : « إن الشهادة تصح بالمضارع دون الماضي واسم الفاعل ، فيقول الشاهد : « أشهد بكذا عندك أيديك الله » . ولو قال : « شهدت بكذا » أو « أنا شاهد بكذا » لم يقبل منه .

والبيع يصح بالماضي دون المضارع عكس الشهادة ، فلو قال : « أبيعك بكذا » أو قال : « أبايعك بكذا » لم ينعقد البيع عند من يعتمد على مراعاة الألفاظ كالشافعي . ومن لا يعتبرها لا كلام معه .

وإنشاء الطلاق يقع بالماضي ، نحو « طلقك ثلاثاً » واسم الفاعل نحو « أنت طالق ثلاثاً » ، دون المضارع نحو « أسلطقك ثلاثاً » . .

وسبب هذه الفروق بين الأبواب النقل العرفي من الخبر إلى الإنشاء . فأى شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً في العادة لذلك المعنى بالوضع العرفي . فيعتمد الحاكم عليه لصراحته . ويستغنى المفتي عن طلب النية معه لصراحته أيضاً . وما هو لم تنقله العادة

(١) العرف والعادة في رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة ، ص ٥٤ .

لإنشاء ذلك المعنى ، يتعمد الاعتماد عليه ، لعدم الدلالة اللغوية والعرفية ، فنقلت العادة في الشهادة المضارع وحده ، وفي الطلاق والعقاق اسم الفاعل والماضى . فإن اتفق وقت آخر تحدث فيه عادة أخرى تقتضى نسخ هذه العادة ، وتجد عادة أخرى ، اتبعنا الثانية ، وتركنا الأولى . **ويصير الماضى في البيع ، والمضارع في الشهادة على حسب ما تجده العادة . فتأمل ذلك واضبطه !** فن لم يعرف الحقائق العرفية ، وأحكامها بشكل عليه الفرق ، وبذلك يظهر قول مالك رحمه الله : « ماعده الناس بيعاً ، فهو بيع » . نظراً إلى أن المدرك هو تجديد العادة ^(١) » .

وجاء أيضاً في صدد دور المرف في إنشائية الصيغة : « فإذا قال الشاهد : أشهد عندك أيها القاضى بكذا ، كان إنشاء . ولو قال : شهدت ، لم يكن إنشاء . عكسه في البيع . لو قال : أبيعك ، لم يكن إنشاء للبيع ، بل إخبار به ، لا يعمد به بيع بل وعد بالبيع في المستقبل . ولو قال : بعتك كان إنشاء للبيع . فالإنشاء في الشهادة بالمضارع وفي العقود بالماضى ، وفي الطلاق بالماضى واسم الفاعل ، نحو « أنت طالق وأنت حر » ولا يقع الإنشاء في البيع والشهادة باسم الفاعل . ولو قال « أنا شاهد عندك بكذا » و « أنا بائمك بكذا » لم يكن إنشاء .

وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي ، فما وضعه أهل المرف للإنشاء كان إنشاء ، وما لا فلا . فاتفقوا أنهم وضعوا للإنشاء الماضى في العقود ، والمضارع في الشهادة ، واسم الفاعل في الطلاق والعقاق . ولما كانت هذه الألفاظ موضوعة للإنشاء في هذه الأبواب ، صح من الحاكم اعتماده على المضارع في الشهادة ؛ لأنه موضوع له ، صريح فيه ، والاعتماد على الصريح هو الأصل . ولا يجوز الاعتماد على غير الصريح لعدم تعين المراد منه .

فإن اتفق أن العوائد تغيرت وصار الماضى موضوعاً لإنشاء الشهادة ، والمضارع لإنشاء العقود . جاز للحاكم الاعتماد على ما صار موضوعاً للإنشاء ولا يجوز له الاعتماد على المرف الأول .

فتلخص لك أن الفرق بين هذه الألفاظ ناشئ عن السوائد ، وتابع له ، وأنه

(١) الفرق للقراى ، ج ١ ، ص ٥٣ .

يتقلب وينتسخ بتغييرها ، وانتقالها فلا يبقى بعد ذلك خفاء في الفرق بين قاعدة ما يصح أن تؤدي به الشهادة ، وقاعدة ما لا يصح أداء الشهادة له ^(١) .

ونقتل فيما يلي عن القرافي نصاً قوياً آخر يدعو فيه بجرارة إلى عدم الجود على المنقول والركون إلى العرف في الاعتداد بالإرادة الظاهرة في الصرائح ، جاء في الفروق :

« إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت . كالنقود في المعاملات . . . فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى ، لحل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما مثلها . . . وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه .

وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام . فمهما تجدد في العرف اعتبره (!) ومهما سقط أسقطه (!) ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره (!) . . . فهذا هو الحق الواضح (!) وانجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين وعلى هذه القاعدة تتمخرج أيمان الطلاق والمعاق وصيغ الصرائح والكنيات ، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى التنية ، وقد تصير الكناية صريحا مستغنية عن التنية (٢) » .

وقد أبدى ابن قيم الجوزية إعجابه بالقاعدة السابقة بقوله : « وهذا محض الفقه ! ومن أفق الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم ، فقد ضل وأضل ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طيب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم بل هذا الطبيب الجاهل ، وهذا المفتي الجاهل أضرم ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان ^(٣) » .

ولعله يبين لك مما أسلفنا من نصوص هامة الأساس الذي يقوم عليه الاعتداد بالإرادة الظاهرة في المتمحضات للحال وغيرها من الصرائح . إنه العرف ! ذاك الذي

(١) المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٥٧ ، الفرق ٢٢٨ .

(٢) المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٨٦ ، ص ٢٠ .

(٣) إعلام المرقعين ، مطبعة السعادة بمصر ، ج ٣ ، ص ٨٩ .

تدور معه صراحة الصيغ حيث دار ، فإن أقرها قرت ، واعتد فيها بالإرادة الظاهرة .
وإن نبذها أحت ، وانقلبت الصيغ كنيات ، يمتد فيها بالإرادة الباطنة .

ولعل هذا السلطان الذى يحظى به العرف فى إطار الصيغ يضى شيئاً من الرونة
والنسبية على إلزام العاقد باستعمال صيغة الماضى ، هذا الإلزام الذى حاول البعض أن
يحيطوه بهالة من الإطلاق والثبات ، بإسناده إلى أساس نقلى .

٣٢٤ — هذا وإذا ثبت لدينا انتفاء الصلة بين الأثر وصراحة الماضى . فكيف
يفسر موقف مثبى هذه الصلة ؟ .

لقد سبق أن استعرضنا ضرباً من هذا الاستدلال عند ما رأينا نفاة التعاطى
يستندون إلى الأدلة النقلية لدعم نفهم للتعاطى ، وانتصارهم للصيغة اللفظية . ولقد
رأينا آنذاك وهاء علاقة الأدلة النقلية بالدعوى التى نادوا بها . وها نحن نرى هنا
أيضاً لوناً من الاستدلال الذى لا تجمع بينه وبين المستدل عليه أية صلة اللهم إلا رغبة
صاحبه بإحاطة نظريته بهالة من القدسية . وعندى أن هاتين الظاهرتين ، وكثير
غيرهما ، تصدران عن قاعدة واحدة مؤداها : « إن النتيجة تطلب أولاً — أما المبدأ
فيخلق بعد ذلك ^(١) » . وهذه القاعدة فى نظرى هى التى تفسر موقف نفاة التعاطى
الذين دعتهم ملاسبات عصرهم إلى الركون إلى اللفظ المنضبط . وهى التى تفسر
لنا موقف أنصار نظرية الإرادة الظاهرة فى صيغة الماضى الذين دعتهم تلك الملاسبات
إلى الركون إلى الظاهر بعد أن قبلوا الرضاء مجرداً عن أية شكلية ^(٢) ذلك أن الملاسبات
الاجتماعية آنذاك ترى أن سبر أعماق النفس وتلمس الرغبة فى إرادة الإلزام من الأمور
التي ليس فى مقدور القضاء آنذاك أن يصل إليها بما تحت يده من وسائل . لذلك فقد

(١) راجع Saleilles, De la personnalité Juridique. 2me éd., Paris, 1922, P. 45.
حيث يرى المؤلف « أن الحاجات الاجتماعية هى التى تخلق النظم القانونية — فهذه لانتشأ ولا تتطور ،
إلا من أجل تحقيق مصالح عملية تنتظر منها ، دون أن يلتفت فى البداية إلى النظريات فى ذاتها — ومافيا
من متانة علمية ، ومن منطق وتساويغ . . . وغالباً ما تظل النظرية نفسها موجهة بالمصلحة الأولى
التي دفعت إلى التفكير فى إيجادها — دون أن يبدو ذلك صراحة ، أو يعترف به . . . إن النتيجة
تطلب أولاً — أما المبدأ فيخلق بعد ذلك . هذا هو تاريخ كل بناء قانونى »

انظر أيضاً التعبير عن الإدارة فى القانون المصرى للدكتور وليام فلاله ، ص ٥ .
(٢) هذه القاعدة هى التى تفسر لنا أيضاً رفض الكتابة كوسيلة لانعقاد العقد وإثباته .

كان لا ممدى من تحاشى هذه الصعوبات ونشدان الطريق الأبسط والأوضح . إنهما طريقا اللفظ والإرادة الظاهرة : فهما الطريقان المستقيمان اللذان يصلان بنا إلى الإرادة التعاقدية بأقرب طريق وأضبطه . ولئن كان القضاء اليوم يجشم نفسه مشقة الوصول إلى هذه الإرادة عن طريق أبعد مما ذلك إلا لرغبته في الوصول إلى الذاتى دون احتفال بما يحيط الوصول إليه من صعوبات .

(ب) صيغة المضارع الملابسة

٣٢٥ — كما ينشأ العقد بالفعل الماضى ، كما بينا ، ينعقد على التحقيق بالفعل المضارع فى الأحوال الآتية :

١ — إذا اقترن بما ينبىء عن الحال ككلمة « الآن » كأن تقول لشخص : « أبيعك الآن » فيقول المشتري : اشتريت . أو تقول : بعتك هذا الكتاب بليرة سورية . فيقول الآخر : « أشتري الآن » .

٢ — وكذلك ينعقد العقد بالفعل المضارع إذا انتفت عنه إرادة الوعد والمساومة . كما لو قال شخص لامرأة : « أتزوجك » فقالت : زوجت نفسى ، أو قبلت . تم عقد الزواج . وكذا لو قال لآخر : « تزوجنى ابنتك » فقال : قبلت ، أو زوجت ، عند انتفاء الاستيعاد ، ومثله لو قال له : « هل أعطيتنى ابنتك » فقال الآخر : أعطيت . أو قال الأول : « جئت لتزوجنى ابنتك » فقال الآخر : زوجت . فإن العقد يتم فى جميع هذه الأحوال إذا انتفى احتمال المساومة والعدة .

جاء فى فتح القدير : « ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع فى ثبوت الانعقاد ، ولزوم حكمه جانب الرضا كما نص عليه فى قوله تعالى « إلا أن تسكون تجارة عن تراض منكم » عدينا ثبوت الانعقاد ، ولزوم حكم العقد ، إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساومة للطرف الآخر . فقلنا لو قال بالمضارع ذى الهمزة « أتزوجك » فقالت : زوجت نفسى انعقد . وفى المبدوء بالتاء نحو « تزوجنى بنتك » فقال : فعلت عند عدم قصد الاستيعاد ؛ لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الأول لأنه يستخبر نفسه عن الوعد ؛ وإذا كان كذلك ، والنكاح مما لا تجرى فيه المساومة ،

كان للتحقيق في الحال ، فانهقد به ، لا باعتبار وضعه للانشاء ، بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه ، واستفادة الرضا منه ^(١) .

وفي البدائع « وأما بيان صيغة اللفظ الذي ينعقد به الفكاك فنقول : لا خلاف في أن النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي . . . وإما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالأخر عن المستقبل . . . كما إذا قال لامرأة : « أتزوجك على ألف درهم » فقالت قد تزوجتك على ذلك ^(٢) . »

٣ - وبلاحظ أخيراً أن صيغة المضارع - التي هي في الأصل محتملة للحال والاستقبال - قد تغدو متمحضة للحال إذا تعارف قوم استعمالها للحال .

جاء في البحر الرائق : « وفي القنية إنما يحتاج [المضارع] إلى النية إن لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال بل للوعد والاستقبال . فإن كان كذلك ، كأهل خوارزم ، لا يحتاج إلى النية ^(٣) . »

وجاء في كتاب « العرف والمادة » لأبي سنة : « فمثلاً الأصل في البيع ألا ينعقد إلا بماضيين ، وإن وجد في صيغة المضارع فلا بد من قرينة الحال أو نيته . . . واستثنوا من ذلك ما إذا تعارفه قوم للحال ، كأهل خوارزم ، فإنه يصح بلا نية ولا قرينة ^(٤) . »

نتهى مما تقدم إلى أن الفقه الإسلامى ، يتجه إلى الاعتداد في الفعل المضارع بالإرادة الظاهرة في كل حالة يتسنى له تلخيص هذه الإرادة بعنصر خارجي كلفظة « الآن » ، أو ظروف النكاح الخارجية أو العرف وهو في هذا يطاوع نزعة الموضوعية من جهة ، ويطاوع حذره من الاعتماد على اليمين كوسيلة لإثبات الإرادة الباطنة من جهة أخرى .

(ح) صيغة الأمر

٣٢٦ - اتفق الأئمة الثلاثة مالك وابن حنبل والشافعى ، على صلوح صيغة الأمر

(١) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ .

(٢) البدائع ، ج ٢ ، ص ٢٣١ .

(٣) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٦٤ .

(٤) العرف والمادة في رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ٥٤ .

تعبيراً تعافدياً في جميع العقود ، وشاركهم أبو حنيفة هذا الرأي في بعض التصرفات ،
وهي النكاح والخلع والهبة والإبراء والكفالة .

وقبل أن نببحث في المسوغات التي أوردها الفقهاء لرفع صيغة الأمر إلى مضاف
صيغة الماضي ، والأخذ فيها بالإرادة الظاهرة نورد ملاحظتين تتعلقان باعتداد الفقهاء
الشافعي والمالكي بصيغة الأمر .

٣٢٧ - (١) المراجعة الأولى : اضطربت الكتب الفقهية بعض الشيء في
بيانها لرأي الشافعي في انعقاد العقد بصيغة الأمر ؛ فقد ذهب بعضها إلى أن الشافعي
لا يقول بانعقاد العقد بصيغة الأمر ؛ وذهب البعض الآخر إلى عكس ذلك .
أما الانحياز الأول فنجدّه بصورة خاصة في كتب المالكية .

جاء في بداية المجتهد : « وإذا قال « بعني سلمتك بكذا أو كذا » فقال : قد
بعتها . فعند مالك أن البيع قد وقع ، وقد لزم المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بمنذر .
وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري « قد اشتريت »^(١) .

وفي حاشية الصاوي على الدردير : « فينعقد بها [صيغة الأمر] البيع عندنا
خلافًا للشافعية^(٢) » .

أما الانحياز الثاني فنجدّه في كتب الأحناف والحنابلة وبعض الشافعية ؛ جاء
في المبسوط : « ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بأن يقول أحدهما : « بعني »
فيقول الآخر : اشتريت ، لا ينعقد البيع عندنا ، بخلاف النكاح ؛ والشافعي يسوي
بينهما^(٣) » . وفي البدائع : « وهل ينعقد بصيغة الاستقبال ، وهي صيغة الأمر ،
بأن يقول المشتري للبائع « بع عبدك هذا مني بكذا » فيقول : بمت ، قال أصحابنا
رحمهم الله ، لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشتري :

(١) بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ١٦٨ .

(٢) حاشية الصاوي على الدردير ، ج ١ ، ص ٣٣٥ ، ص ١٦ .

(٣) المبسوط ، ج ١٢ ، ص ١٠٨ .

« إشتري مني هذا الشيء بكذا » فقال : اشتريت ، لا ينمقد ما لم يقل البائع : بعت همدنا . وقال الشافعي رحمه الله : ينمقد^(١) .

وفي الميزان للشمراني : « ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة : إن البيع ينمقد بلفظ الاستدعاء كـ « بعني » أو « إشتري مني » فيقول : بعت أو اشتريت مع قول أبي حنيفة أنه لا ينمقد أصلاً^(٢) » .

وفي المغني : « وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : « بعني ثوبك » فقال : بعتك ففيه روايتان . إحداهما يصح . كذلك هو قول مالك والشافعي . والثانية لا يصح وهو قول أبي حنيفة^(٣) » .

هذا ولسنا نستطيع أن نوفق بين هذه الأقوال المتعارضة ، إلا إذا ذهبنا إلى أن للشافعي قولين في انعقاد العقد بصيغة الأمر . وهذا ما أخذ به الأستاذ محمود شوكة المدوي في رسالته نظرية العقد ، حيث قال : « وقد جوز الأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعي ، في أصح قوليه ، أن يقع بلفظ الأمر إيجاباً أو قبولاً^(٤) » .

٣٢٨ - (٢) المراجعة الثانية : يبدو بعض التردد في موقف الفقيه المالكي الدسوقي في شرحه على الدردير من انعقاد العقد بصيغة الأمر .

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

(٢) الميزان للشمراني ، ج ٢ ، ص ٥٥ ، س ١١ .

(٣) المغني ، ج ٤ ، ص ٣ .

(٤) نظرية العقد للمدوي ، ص ١٠ .

على أن ما ذهب إليه الأستاذ المدوي من أن القول بالانعقاد العقد بصيغة الأمر هو أصح القولين عند الشافعي هو موضع نظر . فقد جاء في الوجيز ما يشير إلى عكس ذلك . يقول صاحب الوجيز (ج ١ ، ص ١٣٢ - ص ١٣٣) : « ولا تسكني المعاطاة ، ولا الاستيجاب والإيجاب ، وهو قوله « بعني » بدل قوله « اشتريت » على أصح الوجهين بخلاف النكاح ، فإنه لا يجري مفاوضة » .

ويلاحظ أيضاً أن المؤلف قد افترض حالة يكون فيها الأمر قبولا وهذا مستحيل ، لأن الأمر يفيد الطاب . وهو مرادف لمفهوم الإيجاب الذي يفيد بدوره العرض والطلب . يؤيد ذلك ما جاء في كتاب أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الحقيف (ص ١٥٠) إذ يقول : « أما الأمر فلا يصح قبولا قطعاً ، لأن القبول يكون بصدور ما يدل على الرضا من القابل ، والأمر لم يوضع إلا للطلب ممن توجه إليه الأمر : وهو غير المتكلم » .

فهو تارة يذهب إلى عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة في صيغة الأمر محتجاً بكون هذا الرأي منصوصاً عنه في المدونة ، وطوراً يجنح إلى الاعتداد فيها بالإرادة الظاهرة ، معولاً في ذلك على العرف . قال الدسوقي في شرحه : « وأما الأمر فهو كالماضى ، وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة ، أو كالمضارع ، وهو قول ابن القاسم في المدونة . ولكن الأرجح والمول عليه أن عليه اليمين لأنه قول ابن القاسم في المدونة . . . » . ومؤدى كلام الدسوقي السابق أن صيغة الأمر يمتد فيها بالإرادة الباطنة . فإن اتجهت إرادة صاحب التعمير فيها إلى التعاقد كان نصيبها الأعمال ، وإن اتجهت إرادته إلى مجرد الطلب كان نصيبها الإهمال .

وإذا ما تابعنا كلام الدسوقي نجده يغير رأيه السابق ويذهب إلى الاعتداد بالإرادة الظاهرة في صيغة الأمر ، ويجعلها في مصاف الفعل الماضى لا في مصاف الفعل المضارع . ومؤدى ذلك ، أن صيغة الأمر تكون دوماً شرطاً للعقد واجب الأعمال وسواء اتجهت إرادة صاحبها إلى التعاقد أو إلى مجرد الطلب . ويستند الدسوقي في رأيه هذا إلى العرف ، فهو في نظره الذى يقبل صيغة الأمر من محتملة للحال إلى متمحضة له .

فهو يقول : « لأن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا ، ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه ، لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفاً ، وإن كان في أصل اللغة محتملاً ، بخلاف المضارع فإنه لا يدل عليه . والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ، ما يدل على الرضا عرفاً ، وإن كان محتملاً لذلك لغة ، فالماضى لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع به من غير نزاع ، والأمر كبعنى إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له ، أو التماسه منه ، إلا أنه محتمل لرضاه به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى الأمر مع الماضى ^(١) » .

ونحن نميل إلى الرأى الثانى الذى رجحه الدسوقي لأنه هو الرأى السائد لدى فقهاء المذهب المالكي ، فقد جاء في هامش الصاوى على شرح الدردير ما يؤيد أن

(١) حاشية الدسوقي على شرح الدردير ، ص ٣ ، ص ٤ .

صيغة الأمر تنزل منزلة صيغة الماضي من حيث دلالتها على الرضا ، بدلالة العرف ، إذ يقول : « وحاصله أن المطلوب في انعقاد البيع به ما يدل على الرضا عرفاً وإن كان محتملاً لذلك لغة . فالماضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع من غير نزاع ، ولا يقبل رجوعه ولو حلف .

والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له ، فهو يحتمل الرضا به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضي ، ولا يقبل رجوعه عنه ، ولو حلف كما يفيد الشارح ^(١) » .

وفي شرح الخطاب : « فإن قول المشتري لمن بيده سلعة : « بعني سلمتك بعشرة » لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري ، لأنه إما أمره للبائع أن يبيعه ، أو ملتزم منه ذلك ، ويحتمل أن يكون راضياً به ، أو غير راض . ولكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع ، وراض به ، لأن « بعني » صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع ، واستدعائه منه ، وطلبه له ، وإرادته إياه ، وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً . فإذا أجابه البائع بحصول مطلوبه ، فقد تم له ما أراد من وجود البيع . وظاهر كلام المصنف أن البيع ينمق في هذه المسألة ، ويلزم المشتري ، إذا أجابه البائع بما يدل على الرضا ، ولو قال البائع بعد « بعتك » لا أرضى ، لأنني لم أرد إيجاب البيع ، ويمد قوله ، بعد ذلك ، لا أرضى ندماً ^(٢) » .

ويلحظ أخيراً أن نظرة الرأي المرجوح لدى المالكية إلى صيغة الأمر تختلف عن نظرة الأحناف . فبينما يهملها هؤلاء ، ويعتبرونها لغواً لتمويلهم فيها على الإرادة الظاهرة ، التي تفيد مجرد الوعد ، يعول فيها أولئك على الإرادة الباطنة ، ويعملونها في حال اتجاه إرادة العاقد فيها إلى التعاقد .

مسوغات الاعتداد بالإرادة الظاهرة في صيغة الأمر

٣٢٩ — إن مسوغات الاعتداد بالإرادة الظاهرة في صيغة الأمر يجب أن تبحث

في نطاقين :

(١) حاشية الصاوي على الدردير ، ج ٣ ، ص ٣ .

(٢) شرح الخطاب على سيدي خليل ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ .

أولاً : نطاق الرأى الموسع الذى أخذ بالإرادة الظاهرة فى هذه الصيغة كقاعدة عامة .

ثانياً : نطاق الرأى المضيق الذى أخذ بالإرادة الظاهرة فى هذه الصيغة ، فى عقود معينة ، وعلى سبيل الإستثناء .

٣٣٠ — ملاحظات الرأى الموسع : يستند الفقه المالكي — وهو من أنصار هذا الرأى — إلى العرف فى تسويغه لتمحيض صيغة الأمر للحال كما يبدو من أقوال الخطاب والدسوقي والصاوى التى نوردها فيما يلى :

يقول الخطاب : « فإن قول المشتري لمن بيده سلعة « بعنى سلمتك بمشرة » لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري لأنه إما أمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك ، ويحتمل أن يكون راضياً به أو غير راض . ولكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به ، لأن « بعنى » صريح فى أمر المشتري للبائع بالبيع ، واستدعائه منه ، وطلبه له ، وإزادته إياه ، وحصول مطلوب يصير به مبيعاً^(١) . ويقول الدسوقي : « والأمر كـ « بعنى » إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له ، أو التماسه منه ، إلا أنه محتمل لرضاه به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضى^(٢) » .

وجاء فى هامش الصاوى على شرح الدردير : « والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له ، فهو يحتمل الرضا به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضى ، ولا يقبل رجوعه عنه ، ولو حلف^(٣) » .

ويستند الشمرانى إلى عوامل أدبية فى تعليقه لمذهب هذا الفريق فهو يقول :

ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أن البيع ينمقد بلفظ الاستدعاء كـ « بعنى » أو « إشترنى » فيقول : بعث أو اشتريت مع قول أبى حنيفة أنه لا ينمقد أصلاً .

(١) شرح الخطاب على سيدى خليل ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ .

(٢) حاشية الدسوقي على شرح الدردير ، ج ٣ ، ص ٣ — ٤ .

(٣) هامش الصاوى على شرح الدردير .

فالأول مخفف ، والثاني مشدد . ووجه الأول ، حصول الغرض بكون المستدعى بائعاً أو مشترياً ، إذ لا بد من الجواب في المسألتين .

ووجه الثاني ، نسبة المستدعى إلى غش وتدليس في العادة ، فربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن في ذلك المبيع عيب ، لما كان يسأل غيره في أخذه ، بل كان يصبر إلى أن يطلبه غيره منه ، كما هو مشهور في الأسواق^(١) .

ويلاحظ أن تعليل الشمراني لقبول صيغة الأمر هو تعليل وحيد الجانب . فهو قد بحثه من خلال زاوية البائع ، واقترض أن هذا الأخير عند ما يوجب بصيغة الأمر تكون لديه الرغبة في غش الموجه إليه التعبير . وهو لم يبحثه من خلال زاوية المشتري ، ولو حاول ذلك لما استقام تعليله ، ذلك لأنه يستبعد افتراض رغبة المشتري في الغش ما دام هو الذي يطلب الشراء إلا إذا كان يعلم أن البضاعة التي يطلب شراءها هي في مكان آخر أغلى ثمناً وهذا احتمال بعيد .

٣٣١ — مسوغات الرأي المضيوع : لعله يحسن بنا — قبل أن نذكر المسوغات التي أتى بها الأحناف لقبول الأمر استثناء في بعض العقود — أن نذكر حججهم في رفض هذه الصيغة كتعبير تعاقدي من حيث المبدأ .

ونورد فيما يلي هذه الحجج كما وردت في كتب فقهاءهم ، وكلها تشير إلى أن صيغة الأمر هي إرادة ظاهرة واضحة في عدم القطع والبت ، لأنها تدل على الطلب والاستيلاء لا على الجزم والحسم .

جاء في البدائع : « إن قوله « بيع » أو « إشتري » طلب الإيجاب والقبول ، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً ، فلم يوجد إلا أحد الشطرين ، فلا يتم الركن ، ولهذا لا ينمق بلفظ الاستفهام ، لكون الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول ، لا إيجاباً ، ولا قبولاً كذا هذا . . . » ويقول في موضع آخر « ولأن هذه الصيغة

(١) الميزان للشمراني ، ج ٢ ، ص ٥٥ .

[الأمر] مساومة حقيقة ، فلا تكون إيجاباً وقبولا حقيقة ، بل هي طاب الإيجاب والقبول فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما^(١) .

وجاء في أحكام القرآن : « ولا يقع بلفظ الاستقبال ، لأن قوله « بمعنى » إنما هو سوم وأمر بالبيع ، وليس بإيقاع للعقد ، والأمر بالبيع ليس ببيع » . وجاء أيضاً : « ولما كانت العادة في البيع دخولهم فيه على وجه السوم بدياً كان ذلك [الأمر] سوماً ، ولم يكن عقداً ، فحملوه على القياس^(٢) » .

وفي المبسوط : « فأما البيع فإنه يقع بغتة من غير تقدم استيلاء فيجعل قوله « بمعنى » استيلاءً ، فلا بد من لفظ العقد بعده^(٣) » .

ويقول الأستاذ محمود شوكة المدوى في هذا الصدد : « فلو قال « بمعنى هذا الشيء بكذا » فقال : « بعتك » لا ينمقد . . . وهذا رأى فقهاء الحنفية . وعلموا ذلك بأن العقد إنشاء تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً ، والإنشاء على هذا الوجه لا يعرف إلا بالشرع ، وهو قد استعمل الألفاظ الموضوعة للإخبار ، فلا ينمقد العقد إلا بها ، فلا يصح الإيجاب بلفظ الأمر ، حتى ولو نوى ، إذ النية لا تعمل إلا فيما يحتمله اللفظ وهو لا يحتمل الإخبار بحال ، فلا يعدو الأمر أن يكون مساومة ، وهي لا تدل على الرضا المشروط بتحقيقه في أكثر العقود^(٤) » .

٣٣٢ — أما الاستثناءات التي نص عليها الأحناف فهي : عقد البيع (في أحوال معينة) والنكاح والخلع ، والطلاق على مال ، والكفالة ، والهبة ، والابراء .

٣٣٣ — عقد البيع : قبل الأحناف صيغة الأمر في عقد البيع ، وفي نطاق محدود جداً . وفي أعمال معينة ، كـ « خذ المبيع » ، و « هات الثمن » .

وقالوا في تعليل ذلك : « إن خصوص مادته ، وهي الأمر بالأخذ يستدعي سابقة

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ — ١٣٤ .

(٢) أحكام القرآن للهيثم ، ج ٢ ، ص ١٧٣ .

(٣) المبسوط ، ج ١٢ ، ص ١٠٨ .

(٤) نظرية العقد للمدوى ، ص ١٠ .

البيع ، فكان كالماضي ؛ إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء خذه سبقه بحسب الاقتضاء .

وفي حاشية الشلبي على تبين الحقائق : « قال السكال : وكذا لفظ « خذه بكذا » ينمقد به ، إذا قبل ، بأن قال : أخذته ، ونحوه . لأنه وإن كان مستقبلاً لكن خصوص مادته ، أعني الأمر بالأخذ يستدعي سابقة البيع ، فكان كالماضي ، إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء خذه سبقه بحسب الاقتضاء ؛ فهو كما إذا قال « بعثك عهدي هذا بألف » فقال « فهو حر » عتق ، ويثبت « اشترت » اقتضاء^(١) .

فهنا يقف الشلبي عند المعنى الظاهر من الصيغة ؛ وظهور المعنى ، إما أن يكون بحسب الوضع كما في صيغة الماضي ، وإما أن يكون بطريق الاقتضاء ، كما في بعض صور الأمر ، وكذا إذا قرن العبارة بحرف الفاء فيدل اقتضاء على معنى الإيجاب ، « فالمسألة إذن ليست مسألة ألفاظ توفيقية تدخل في نطاق الشككية ، بل هي مسألة معان ، تسمة خلص من الألفاظ والصيغ ، تغلياً للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة^(٢) » .

وفي الفتاوى الهندية : « وأما ما تمحض للاستقبال كالقرون بالسين وسوف ، أو الأمر ، فلا ينمقد به ، إلا إذا دل الأمر على المعنى المذكور ، كـ « خذه بكذا » . فقال « أخذته » ، فإنه كالماضي . كذا في الروض الفائق : سئل أبو الليث الكبير عن قال لآخر : « خذ هذا الثوب بعشرة » فقال « أخذت » ثم البائع قال « لا أعطيك » قال ليس له ذلك . وكذلك المشتري ليس له أن يمتنع بعد قوله « أخذت » كذا في المحيط^(٣) .

(١) حاشية الشلبي على السكندر ، ج ٤ ، ص ٤ .

(٢) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٩٤ . وجاء في المادة ١٧٢ من مجلة الأحكام العدلية : « لا ينمقد البيع بصيغة الأمر كـ « بع » و « إشتري » إلا إذا دلت بطريق الإقتضاء على الحال غير أنه ينمقد بها البيع . . . أما لو قال البائع للمشتري « خذ هذا المال بكذا من الدراهم » وقال المشتري « أخذته » . أو قال المشتري أولاً « أخذت هذا الشيء بكذا قرشاً » وقال البائع « خذه » أو قال « الله يبارك لك » وأمثاله ، انمقد البيع . فإن قوله « خذه » و « والله يبارك » ههنا بمعنى « ها أنا بعث نخذه » .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٤ .

هذا ويجوز الأحناف استعمال فعل الأمر استثناء أيضاً في قول البائع « هات الثمن » أو « إ دفع الثمن » ، بدلاً من قوله « خذ المبيع » . ولم أجد تعليلاً لهذا الخروج عن القاعدة في هذين الفعلين . ولعل التعليل الوارد بالنسبة لفعل « خذ » يصلح سنداً لخروج الأحناف في هاتين الحالتين عن القاعدة العامة .

٣٣٤ - عقود النكاح ، والخلع ، والطلاق على مال : يجيز الأحناف جريان الإيجاب

في عقد النكاح بصيغة الأمر ، ويعملون هذا الجواز بمسوغات مختلفة : فهم تارة يستندون إلى التعليل النقلي ، وطوراً إلى انتفاء الاستيلاء في النكاح ، وحيناً إلى مبدأ العدالة .

التعليل النقلي : جاء في البدائع : « ولو قال لها « زوجيني أو أنكحيني نفسك » ؛ فقالت : زوجتك أو أنكحتك ، ينعقد استحساناً ، والقياس أن لا ينعقد ؛ لأن لفظ الاستقبال عدة ، والأمر من فروع الاستقبال ، فلم يوجد الاستقبال فلم يوجد الإيجاب ، إلا أنهم تركوا القياس لما روى أن بلالا رضى الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار ، فأبوا أن يزوجه ، فقال : « لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب إليكم لما خطبت » فقالوا له : « أُمِلِّسْكَ » ولم ينقل أن بلالا أعاد القول ، ولو فعل لنقل ، ولأن الظاهر أنه أراد الإيجاب » .

وفي أحكام القرآن : « إلا أنهم استحسنوا ، فقالوا إذا قال « زوجني إبتك » ، فقال : قد زوجتك . إنه يكون نكاحاً ولا يحتاج الزوج بعد ذلك إلى قبول ، لحديث سهل بن سعد في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم فلم يقبلها . فقال له رجل : « زوجنيها » فراجعها النبي صلى الله عليه وسلم فيما يعطيها ، إلى أن قال له : زوجتكها بما معك من القرآن ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم قوله زوجنيها ، مع قوله زوجتكها ، عقداً واقعاً^(١) » .

انتفاء الاستيلاء : جاء في البدائع « لأن المساومة لا تتحقق في النكاح عادة ، فكان [الأمر] محمولا على الإيجاب ، بخلاف البيع ، فإن السوم معتاد فيه ، فيحمل اللفظ عليه ، فلا بد من لفظ آخر يتأدى به الإيجاب^(٢) » .

(١) أحكام القرآن للرجز ، ج ٢ ، ص ١٧٣

(٢) البدائع ، ج ٢ ، ص ٣٣١

وجاء في أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف : « فإذا أقدم الشخص عليه [النكاح] فاستعمل فعل الأمر في الإيجاب ، امتنع أن يراد به المساومة ، وكان المطلوب منه إنشاء عقد الزواج إثر طلبه ، وكان دالاً على ذلك قطعاً ، واقتضى ذلك سبق الرضا به ، فيتم العقد به على اعتبار أنه إيجاب ، ولهذا السبب صلح إيجاباً في الخلع ، والطلاق على مال^(١) » .

مبدأ المدالة : جاء في البدائع : « على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل « زوج ابنتك مني » شطر العقد ، فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولي لجواز أن يزوج ، ولا يقبل المخاطب ، فيلحقه الشين ، فجعلت شرطاً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء ، وهذا المعنى في باب البيع منعدم ، فبقيت سؤلاً ، فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر^(٢) » .

وقد حاول البعض عدم اعتبار هذه الحالة [جواز صيغة الأمر في عقد النكاح] خروجاً عن القاعدة التي نبذ فيها الأحناف صيغة الأمر كتمعير تماقدي .

فقد جاء في نظرية العقد للأستاذ العدوي : « فإذا قال « زوجني » وقال الآخر : زوجتك ، تم العقد ، لأن قول المخاطب « زوجني » توكيل منه للولي في تزويجه . فإذا قال الولي : زوجتك فقد تم العقد ، لأن عبارته تتضمن عبارتين : عبارة المخاطب الموكل ، وعبارته هو من حيث كونه ولياً . والواحد يقول طرفي العقد في النكاح بخلاف غيره من العقود .

وأنت ترى مما أن هذا ليس انمقاداً بلفظ الأمر فلم يكن مستثنى من القاعدة^(٣) » على أننا يجب أن نلاحظ مع الأستاذ على الخفيف أن هذا المسلك « يقتضي ألا يتقيد الأمر بالتزويج بمجلسه ، لأنه توكيل ، والتوكيل لا يقتصر على المجلس ، ويقتضي كذلك ألا يشترط فيه سماع شهود عقد الزواج لأنه ليس شرطاً للعقد ، وعلى ذلك ، لو قال شخص لامرأة « زوجيني نفسك » كان لها أن تزوجه نفسها بعد أيام ،

(١) أحكام المعاملات الشرعية ، ص ٢٢٣ .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ — ١٣٤ .

(٣) نظرية العقد للعدوي ، ص ١٠ .

ولكن الفقهاء قد ذكروا أنه يقتيد بالجلس وأنه لابد من الإشهاد عليه بشهود الزواج ، وذلك دليل على أنه إيجاب^(٣) .

ويستخلص مما تقدم أن الأحناف خرجوا بسماعهم باستعمال صيغة الأمر في عقد النكاح عن القاعدة العامة التي اختطوها لأنفسهم ، ولم تجد المحاولة التي ذهبت إلى اعتبار صيغة الأمر في النكاح من قبيل التوكيل .

٣٣٥ — عقود الكفالة والهبة والإبراء : وأما صلاحية الأمر في الهبة والكفالة « فمرجعا إلى القول بأن فعل الأمر فيهما غير مكنون للمقابلة على أن الهبة إنما تتم بمباراة الواهب وحدها وعلى أن الكفالة تتم بمباراة الكفيل وحده إذ منهما الإلتزام فقط . وليس للموهوب له إلا أن يرضى بدخول المال الموهوب في ملكه حتى لا يدخل في ملكه ما لا يرضاه ، وليس للمكفول له إلا أن يرضى بهذا الاستيثاق حتى يترتب عليه توجهه إلى الكفيل بالمطالبة . وعلى ذلك فليس بإيجاب فيهما ، وإنما الإيجاب ما تلاه من القول وقد يسوغ لنا أن نعتبره إيجاباً ونوجه ذلك بما سبق أن ذكرناه في عقد الزواج من أن عقدى الهبة والكفالة لا مساومة فيهما وأن الطلب فيهما يقتضى رضا باتاً من قبل الطالب ، وذلك كاف في اعتباره إيجاباً لعدم الاحتمال في دلالاته ، ولهذا يتم العقد لوجود شطريه وهما الإيجاب والقبول .

وأما الإبراء ، فأرجح الأقوال فيه ، أنه لا يحتاج إلى قبول لأنه إسقاط للدين ، وأنه يتم بمباراة الدائن دون توقف على طلبه منه أو قبوله من المدين ، ولذا لا يقع فيه فعل الأمر إيجاباً ، وإنما أريد به طلب الإبراء ، والإبراء إسقاط فيه معنى التملك من ناحية أن الدائن يملك مدينه الدين الذي له في ذمته ، ولهذا صح أن يرتد برد المدين ، ولو كان مجرد إسقاط ، ما قبل الرد^(٢) .

(٣) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف طبعة عام ١٤٧٠ هـ م ٢٢٢ . ويلاحظ هنا أن القانون الوضعي يشترط لصحة الوكالة أن تتوافر فيها نفس الشكليات المطلوبة في العقد الموكل به . راجع م ٧٠٠ (مدنى مصرى) .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية الأستاذ على الخفيف ، ص ٢٢٣ .

وعندى ، أن سبب تساهل الأحناف فى قبول صيغة الأمر فى هذه التصرفات ، يرجع إلى كونها من عقود التبرعات ، وأن الإيجاب فيها يتمحض لمنفعة الموجب وهو فى التصرفات المشار إليها ؛ المكفول له فى الكفالة ، والموهوب له فى الهبة ، والمدين فى الإبراء .

هذا وإذا عرفنا أن الشارع يتشدد فى حماية إرادة الواهب ، لأن المال يخرج من حوزته بدون مقابل ، كان من المستساغ القول بأنه ليس من ضرر على المشرع إذا تساهل فى حماية إرادة الموهوب له ، باعتباره يأخذ دون أن يعطى ، وكان من صور هذا التساهل أن يقبل فقهاء الأحناف صيغة الأمر فى مثل هذه العقود — وهى دون صيغة الماضى عندهم من حيث الجزم والبتات — إذا صدرت من المتبرع له ^(١) .

وبناء على ما تقدم إذا قال شخص لآخر « هب لى هذه الساعة » وقال الآخر : وهبتها ، انعقدت الهبة . وكذلك إذا قال المدين لداثته « أبرئنى عمالك على دين » فقال الآخر : أبرأتك ، تمت البراءة . وكذا لو قال الدائن لآخر « إكفل لى بمالى على فلان » فقال الآخر : كفلت ، تمت الكفالة ^(٢) .

(د) صيغة الاستفهام المرفقة بقرينة .

٣٣٦ — الأصل أن صيغة الاستفهام لا ينمقد بها المقد ، فقد جاء فى البدائع : « ولا ينمقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق ، بأن يقول المشتري للبائع « أتبيع منى هذا الشيء بكذا ؟ » ، أو « أبعته منى بكذا ؟ » ، فقال البائع . بعت ، لا ينمقد ، ما لم يقل المشتري : اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشتري « أتشتري منى هذا الشيء

(١) ولهذا التساهل الذى ألحنا إليه سند فى القاعدة اللاتينية القائلة : « إن من يناجز لدرء مفرم أولى بالرعاية ممن يناجز جلب مغم » . وله أيضاً تطبيق فى القانون الحديث الذى يعتبر السكوت فى الأحوال التى يتمحض فيها الإيجاب لمنفعة الموجه إليه التعبير قبولاً (راجع م ٩٩ مدنى سورى) ذلك أن من تلقى شيئاً بدون مقابل يكون فى الرعاية دون من يتلقى الشيء بمقابل .

(٢) قارن الدكتور عبد الرزاق السنهورى (مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٩٤) حيث أغفل ذكر الحالات الاستثنائية — المشار إليها فى المتن والتى أخذ فيها الأحناف بالإرادة الظاهرة — واقتصر على ذكر الحالة الأولى وعى حالة « خذ » .

بكذا ؟ » ، فقال : اشتريت ، لا ينمقد ، ما لم يقل البائع : بعت ^(١) .

وفي المعنى : « فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول : « أتبيعن ثوبك بكذا ؟ » فيقول : بعتك ، لم يصح بحال . نص عليه أحمد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، لأن ذلك ليس بقول ولا استدعاء ^(٢) .
على أن صيغة الاستفهام إذا اقترنت بما يفيد تمحضها للحال ، انمقد بها المقد ؛ وأخذ فيها بالإرادة الظاهرة . فقد جاء في شرح الطحاوي أنه « لو قال : هل أعطيتنيها ؟ » ، فقال : أعطيت . إن كان المجلس للوعد فوعد ، وإن كان للعقد فنكاح ^(٣) . »

(هـ) الجمل الاسمية

٣٢٧ — وثمة من الجمل الاسمية ما يصلح لانعقاد المقد ، وينزل في ذلك منزلة الفعل الماضي ، ويؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، باعتباره متمحضاً للحال : كأن تقول لآخر : « هذا الكتاب عليك بألف » ، فيقول لك : « قبلت » ، أو « فعلت » ، أو « نعم » ، فإن الإيجاب جملة إسمية . ومثل ذلك أن تقول له : « هو لك بألف إن رضيت » ، أو « إن أعجبك » ، فيقول لك : « رضيت بذلك » . وقد تكون الجملة الاسمية محتملة فيتمحضها للحال ظرف خارجي :

جاء في فتح القدير : « ولو قال باسم الفاعل فكذلك عن أبي حنيفة إذا قال : « جئتكم خاطباً إبتك » ، أو « لتزوجني إبتك » ، فقال الأب « زوجتك » ، فالنكاح لازم ، وليس للخاطب أن لا يقبل لئلا يجرى المساومة فيه ^(٤) . »

وفي شرح الخطاب : « وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم بها بمجرداها ، حتى ينزل بها عرف أو عادة ، أو ما يدل على البيع ، مثل أن يقول المبتاع : « بكم ؟ » فيقول

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

(٢) المعنى ، ج ٤ ، ص ٣ .

(٣) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ .

(٤) المرجع السابق .

البائع : « بدينار » ، فيقول : « قبلت » ، فيقول البائع : « لا أبيعك » فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب يلزمه البيع^(١) .

ويبدو من المثالين السابقين ، أن ظرف الزواج في المثال الأول ، ودلالة وقوف الرجل بالسلعة في السوق في المثال الثاني ، هما قربتان قويتان لا تقبلان النقض ؛ وهما تفضيان إلى تمحيض الصيغة الاسمية للحال ، فينمقد العقد بها دون بحث في النية كما في صيغة الماضي .

٣٣٨ — وقبل أن ننهي البحث في المتمحضات للحال ، التي هي موضع إجماع الفقهاء ؛ لا بد لنا من الإشارة إلى أن الفقه الاسلامي قد سار في تطوره إلى الاكثار من هذه المتمحضات عن طريق قلب التعميرات المحتملة للحال والاستقبال إلى تعبيرات متمحضة للحال وذلك بالاستعانة بالظروف والقرائن المحيطة بها . وسيتسنى لنا التفصيل بعض الشيء في هذا الموضوع عند بحثنا لتطور المحتملات للحال والاستقبال في الفقه الاسلامي .

§ ٢ — المتمحضات للحال التي هي موضع خلاف الفقهاء .

٣٣٩ — إن الصيغ المختلفة في تمحيضها للحال هي صيغة الأمر ؛ فيما عدا الأحوال الاستثنائية التي قال فيها الأحناف بتمحض الأمر للحال متفقين في ذلك مع الأئمة الثلاثة .

ونشير هنا بصورة خاصة إلى صيغة الأمر في عقد الاقالة ، وفي التعاقد ما بين غائبين .

٣٤٠ — صيغة الأمر في الرقابة : ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى انعقاد

الاقالة بصيغة الأمر — متفقين في ذلك مع الأئمة الثلاثة — وخالفهم في ذلك محمد رضي الله عنه فقد ذهب إلى عدم انعقاد الاقالة بصيغة الأمر .

جاء في البدائع : « وهل تنمقد [الاقالة] بلفظين يمر بأحدهما عن الماضي وبالأخر

عن المستقبل ، بأن قال أحدهما لصاحبه « أقلني » ، فيقول : أقلتك أو قال له : « جئتكم لتقيلني » ، فقال : أقلت .

(١) شرح الخطاب على سيدي خليل ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ — ٢٣٠ .

فقال أبو حنيفة^(١) وأبو يوسف رحمهما الله : ينمقد كما في النكاح . وقال محمد رحمه الله لا ينمقد إلا بلفظين يمر بهما عن الماضي كما في البيع .

وجه قوله : أن ركن الإقالة هو الإيجاب والقبول كركن البيع ، ثم ركن البيع لا ينمقد إلا بلفظين ، يمر بهما عن الماضي فكذا ركن الإقالة .

ولهما : الفرق بين الإقالة وبين البيع ، وهو أن لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة ، والمساومة في البيع معتادة ، فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها ، فلم تقع إيجاباً ، بخلاف الإقالة ، لأن هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقتها ، لأن المساومة فيها ليست بمعتادة ، فيحمل على الإيجاب ، ولهذا حملناها على الإيجاب في النكاح ، كذا هذا^(٢) .

ولقد أبدى بعض الفقهاء استغرابهم للتمارض القائم بين موقف أبي يوسف ومحمد من صيغة العقد في عقدى البيع والإقالة فبينما يشترط الأول الماضوية في صيغة البيع ، يتخلى عن هذا الاشتراط في الإقالة ، في الوقت الذي يعتبرها فيه « بيماً » .

وبينما يشترط الثانى الماضوية في صيغة البيع ، يحرص على هذا الاشتراط في الإقالة ، رغم اعتباره لها « فسخاً » .

وقد وفق ابن عابدين بين هذين الموقفين المتعارضين ، بالاستناد إلى فكرة المساومة . . التى ترافق البيع دون الإقالة . جاء في رد المحتار :

« والمعجب أن قول أبي يوسف كقول الإمام في أنها تصح بلفظين أحدهما مستقبل مع أنها بيع عنده ، والبيع لا ينمقد بذلك . ومحمد يقول أنها فسخ ، ويقول لا تنمقد إلا بماضيين لأنها كالبيع . فأعطاها بسبب الشبه حكم البيع . وأبو يوسف منع حقيقة البيع لم يعطها حكمه .

(١) إن انضمام أبي حنيفة إلى رأى أبي يوسف ليس هو موضع إجماع الكتب الفقهية ، فقد جاء في فتاوى قاضيان ما يشير إلى أن أبا حنيفة يتفق مع محمد ، وجاء في الخلاصة أن قول محمد هو المختار ، وجاء في الشرنبلالية أن الباعث على ترجيح قول محمد هو كون الإمام معه . راجع فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٢٤٧ . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ١٥١ . والفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ١٥٦ والدرر لملا خسرو ، ج ٢ ، ص ١٧٨ .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٣٠٦ . (٢٢ — التعبير عن الإرادة)

والجواب له : أن المساومة لا تجرى في الإقالة . فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع^(١) .

وعندي ، أن اتجاه الفقه الحنفي إلى التساهل في صيغة الإقالة ، وقبولها بلفظ الأمر ، ليس مرده فقدان الاستيلاء في الإقالة فحسب ؛ بل يرجع أيضاً إلى اتجاه الفقه الإسلامي إلى تشجيع التقايل ، فقد ورد في الحديث الشريف : « من أقال نادماً بيعته ، أقال الله عثرته يوم القيامة » .

٣٤١ - صيغة الأمر في التماقر بين غائبين : وعلى النقيض مما تقدم ، حيث يبدو الإمام محمد رضى الله عنه متشدداً في صيغة الأمر في عقد الإقالة ، نجده في التعاقد ما بين غائبين ، يتساهل في قبول صيغة الأمر في الإيجاب . وهو في هذا - إن كان يتفق مع جمهور الفقهاء الذين يسلون بصلوح صيغة الأمر شرطاً للعقد - يخالف الرأي السائد في الفقه الحنفي ، الذي يرفض هذه الصيغة ، في غير الأحوال الاستثنائية التي شرحتها سابقاً .

ولعل حجة الإمام محمد في خروجه على إجماع الفقه الحنفي ، أن العلة التي يدور حولها رفض صيغة الأمر - وهي شبهة كونها للطلب والاستيلاء لا للجزم والبت - تتخلف في التعاقد بين غائبين . ذلك أن التعاقد في هذه الحالة الأخيرة ، لا يعمث بكتابه إلى الموجه إليه التعبير ، إلا بعد وصول إرادته إلى مرحلة الجزم والبت . فالكتابة هنا هي أشبه ما تكون بالشككية ، التي تدفع الماقد إلى التروى والتبصر فيما يقدم عليه . وعليه فلا ضير على المشرع ، إذا اطمأن إلى صيغة الأمر وأخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، واعتبرها قرينة لا تقبل الدليل المكسى على وجود الإرادة الباطنة .

جاء في فتح القدير : « ولو كان المكتوب « بعنيه بكذا » ، فكتب : « بعته » لا يتم ما لم يقل الأول « قبلت » . وأما ما ذكر في المبسوط ، لو كتب إليه « بعنى بكذا » ، فقال « بعته » يتم البيع ، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود ... وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب ف « بعنى » من

(١) ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ١٥١ .

الحاضر يكون استيماً عادة . وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد^(١) .

٣٤٢ - الاعتراض على موقف الأحناف من صيغة الأمر : إن رفض

الأحناف انعقاد العقود بصيغة الأمر كقاعدة عامة لم يصادف ارتياح بعض الفقهاء الأحناف الذين نادوا بوجوب تسويته مع غيره من الصيغ المقبولة ، وكان السكّال بن همام هو أول من نادى بهذا ، فقد جاء في كتابه فتح القدير ، في صدد تعليقه على قبول الأحناف الأمر في استثناءاتهم المعروفة ، قوله : « وهذا أحسن الآن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولاً ، وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجاباً^(٢) » .

وجاء في رسالة نظرية العقد للأستاذ المدوي : « وقد جوز الأئمة الثلاثة . . . أن يقع لفظ الأمر إيجاباً . . . وهذا الرأي هو الذي ينبغي أن يؤخذ به ، فإن العقود ما شرعت إلا لمصلحة العباد ، وما كان كذلك ، فالرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم ما لم يصادم نصاً شرعياً ، ولا نص ها هنا يمنع من الانعقاد بلفظ الأمر ، وما ذكره الحنفية من أن الشارع لم يستعمل لفظ الأمر في العقود دعوى تحتاج إلى دليل . ثم على فرض صحتها^(٣) فليس فيها دليل على منع الانعقاد بلفظ الأمر إذا تعارفه الناس^(٤) » .

المطلب الثاني

المتاحضات للاستقبال

٣٤٣ - المتاحضات للاستقبال ، نوعان : نوع أجمع الفقهاء على تمحيضه للاستقبال . ونوع آخر كان موضع خلافهم .

(١) أما النوع الأول ، فهو المضارع المبدوء بالسين أو سوف .

وهذا النوع من الصيغ أجمع الفقهاء على عدم الاعتداد به ، وعلى اعتباره غير

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٦٢ . وانظر أيضاً المبسوط ، ج ٥ ، ص ١٦ .

(٢) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٥ .

(٣) راجع ماسبق ، ف ٣٢٢ ، حيث أثبتنا استعمال الرسول صلى الله عليه وسلم صيغة الأمر .

(٤) نظرية التمدد للمدوي ص ١٠ . انظر أيضاً الفقه الإسلامي للأستاذ عيسوي أحمد عيسوي ،

صالح لأن يكون شرطاً في العقد . فقد جاء في الفتاوى الهندية : « وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسین وسوف ... فلا ينمقد به ^(١) » .

وجاء في المادة ١٧١ من مجلة الأحكام العدلية : « صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشترى لا ينمقد بها البيع » .

(ب) أما النوع الثاني فهو صيغة الأمر وقد رأينا سابقاً أن الجمهور قد ذهب إلى تمحضها للحال ، بينما انفرد الأحناف في اعتبارها متمحضة للاستقبال كقاعدة عامة .

٣٤٤ — والخلاصة إن الشارع يعتمد على اللفظ فحسب ، في المتمحضات الزمنية للحال أو الاستقبال ، فهو يأخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، ولا يعتمد فيها بالنية وسواء اتجهت هذه النية إلى التماقد أم لم تتجه . فالتعبير فيها وحده هو المنصر الفاعل . على أن موقف المشرع ، إذا كان واحداً في اعتياده على المظهر المحسوس في هاتين الصيغتين ، فهو يختلف في موقفه من آثارها . فهو في المتمحضات للحال إيجابي ، يُعمل آثارها ، معولاً في ذلك على الإرادة الظاهرة . أما في المتمحضات للاستقبال فهو سلبي ، يهمل آثارها ولا يعملها ، وهو في نفس الوقت يعول في إعماله هذا على الإرادة الظاهرة .

والنتيجة اللازمة لذلك ، أن يعين صاحب التعبير في المتمحضات للحال لا تجدى في نفي الإرادة الباطنة . وهي في المتمحضات للاستقبال غير مجدية في إثبات هذه الإرادة ذلك أن هذه اليمين لا ترقى إلى هدم ما تنشئه الإرادة الظاهرة في الحالة الأولى ، وهي عاجزة عن تحميل الإرادة الظاهرة ما لا تطبق في الحالة الثانية .

جاء في شرح الصاوي على الدردير : « فلما ضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال ، انمقد البيع به من غير نزاع ، ولا يقبل رجوعه ولو حلف . والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له ، فهو يحتمل الرضا به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضي ، ولا يقبل رجوعه عنه ، ولو حلف ^(٢) » .

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٤ .

(٢) شرح الصاوي على الدردير ، ج ١ ، ص ٣٣٥ .

المطلب الثالث

تطور نظرية الإرادة الظاهرة

في المتمحضات للحال أو للاستقبال في الفقه الإسلامي

٣٤٥ - نستطيع أن نركز ما انتهينا إليه فيما سبق في القاعدتين الآتيتين :

(١) كل لفظ تمحض للحال ، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، وينعقد به العقد .

(٢) كل لفظ تمحض للاستقبال ، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا ينعقد به

العقد . وتتساءل الآن إلى أين تسير هاتان القاعدتان ؟

§ ١ - منحى القاعدة الأولى

٣٤٦ - يحاول السكحال بن همام : لقد رأينا سابقاً أن الفقه الإسلامي كان

يحمل في منعطفات تطوره نزعة واضحة إلى التمويل على الإرادة الظاهرة ، دون الإرادة الباطنة . ورأينا أيضاً أن هذه النزعة كانت تدعوه إلى التذرع بكل قرينه ملموسة لقلب الصيغ المحتملة ، التي يعتد فيها بالإرادة الباطنة إلى صيغ متمحضنة ، يعمل فيها على الإرادة الظاهرة^(١) .

وإذا ما رجعنا إلى الكتب الفقهية ، نجد أن جميع الفقهاء كانوا يستظلون بالنزعة الموضوعية ، ويسرون في ركايبها ، لم يشذ منهم سوى فقيه واحد ، هو الفقيه الحنفي المحقق السكحال بن همام^(٢) الذي نادى في كتابه فتح القدير بوجود المدول عن المعايير الموضوعية السائدة في الصيغ العقدية في الفقه الإسلامي ، والتي توجب الأخذ بالإرادة الظاهرة ، والاستعاضة عنها بمعايير ذاتية ، توجب الأخذ بالإرادة الباطنة .

(١) راجع مسبق ، ف ٣٢٣ ، ف ٣٢٥ .

(٢) جاء في الفوائد البهية (ص ١٨٠) : « ولد السكحال بن همام في الإسكندرية عام ٧٨٨ هـ وكان والده قاضياً بديواس من بلاد الروم . سلك في أكثر تصانيفه مسلك الإنصاف لاسيما في فتح القدير متجنباً التعصب المذهبي والاعتساف » . ولعل مرد عدم تعصبه يرجع إلى كون أمه مالكية المذهب . وروى عنه ابن عابدين (ج ١ ، ص ١٩) أنه كان يقول : « أنا لا أقلد أحداً في المعقولات » .

وإليك ما قاله الكمال في شرح الهداية موضعاً نظريته الجديدة الخطيرة ، التي تقضى بوجوب التمويل على النية دون الصيغة ، والاعتداد بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة .

جاء في الفتح : « والمعنى هو المعتبر في عقد البيع ألا يرى إلى ما قالوا ، لو قال « وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا » ، فرضي ، فوبيع بالإجماع . قالوا إنما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعناق ؛ فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى . وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى لها أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير .

فإذا فارت هذه العقود ذلك ، اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية . فلا يثبت بلفظ البيع حكمه بلا نية ، إلا إذا أَراده به .

وحينئذ فلا فرق بين « بعت » ، و « أبيع » ، في توقف الانعقاد به على النية ، ولذا لا ينمقد بلفظ « بعت » هزلاً .

فلا معنى لقوله ينمقد بلفظ الماضي ، ولا ينمقد بالمستقبل ، ثم تقييده بما إذا لم ينو به .

فإنه ينمقده، في الماضي وغيره ، بالنية ، ولا ينمقد بالماضي وغيره بلا نية ^(١) .

٣٤٧ — أوله : إن الدعوة الخطيرة ، التي جاء بها الكمال بن همام في هذا النص ، تعتبر بحق ثورة على ما تعارفه الفقهاء المسلمون من اعتداد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة وهي تستند إلى دليلين :

الدليل الأول : يستند فيه الكمال بن همام إلى إجماع الفقهاء المسلمين على تكليف المقود على أساس مقاصد العاقدين ، طبقاً للقاعدة الشهيرة القائلة : « المبرة في المقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ^(٢) » . وهو يشير إلى أنه مادام الفقهاء يقبلون أى لفظ في المقود يؤدي المعنى المطلوب — كما لو قال البائع للمشتري : « وهبتك هذا العبد

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٦ .

(٢) المادة ٣ من مجلة الأحكام العدلية .

بثوبك هذا » ، فرضى . فإن الفقهاء فى هذه الحالة قد أجمعوا على اعتبار العقد بيعاً رغم عدم استعمال لفظ البيع . وما دام موقفهم هذا من حيث مضمون الصيغة يهدف إلى اعتبار الرضا قبل كل شئ ، فلا داعى إلى خروجهم عن هذه المرونة فى مجاباتهم لشكل هذه الصيغة الزمنى ، واشتراطهم صيغة زمنية معينة ينعقد بها العقد بدون نية ، وإهمالهم للصيغ الزمنية الأخرى إذا لم تقتزن بالنية . إن تسليم الفقهاء المسلمين بانعقاد عقد البيع ، بأى لفظ يدل عليه ، كالتملك والجعل والإعطاء ، واعتبار المعنى قبل كل شئ ؛ يستتبع فى نظر الكمال تسليمهم بانعقاد العقد بأى صيغة زمنية تستعمل فى العقد ، وهذا ما لم يسلم به هؤلاء الفقهاء أنفسهم ، فقد أهملوا النية فى بعض الصيغ ، وأعملوها فى الصيغ الأخرى . وهذا المسلك ، لا يتفق وما جرى عليه الفقهاء من مرونة فى تكييف الصيغ العقدية .

هذا ويرى الكمال ضرورة التفريق بين نوعين من التصرفات فى الفقه الإسلامى : تصرفات شكلية — إذا صح هذا التعبير — يقوم فيها اللفظ مقام المعنى ، كالإطلاق والعناق ، وهى التى يثبت فيها الحكم ، بصرف النظر عن رضا صاحب التعبير .

وتصرفات رضائية ، وهى التى لا يقوم فيها اللفظ مقام المعنى كالبيع وغيره . ويكون المعنى (الرضا) فى هذه التصرفات هو المعتبر ، ولا يثبت الحكم فيها إلا إذا توافرت نية الماقد .

وهو يرى أنه لا وجه لإهمال النية فى هذه التصرفات الأخيرة ، ذلك لأنها محور التصرف : يقوم إذا توافرت ، وينهار إذا تخلفت بصرف النظر عن الصيغة الزمنية التى جاء بها التعبير . وينبنى على ذلك ضرورة هدم الحواجز التى أوجدها الفقه بين صيغ الماضى والمضارع والأمر والاعتداد فيها جميعاً بالإرادة الباطنة التى تنطوى عليها تماماً كما فعل الشارع فى عقد البيع حيث هدم الحواجز التى تفصل بين ألفاظ الجعل والتمليك والإعطاء والبيع واعتبرها جميعاً صالحة لانعقاد البيع .

الدليل الثانى : يستند فيه الكمال إلى بيان التعارض الملحوظ بين موقف الفقهاء من عقد المازل — حيث يأخذون فيه بالإرادة الباطنة ويهدرون كلام الماقد لأنه

قاصد للسبب دون الحكم — وموقفهم من التعاقد بصيغة الماضي — حيث يأخذون فيه بالإرادة الظاهرة ، ويهدرون نية العاقد ، ولو لم تتجه إلى التعاقد .

ويرى أن السبيل إلى حل هذا التعارض هو في إخضاع صيغة الماضي — عند مالا تتجه نية صاحبه إلى التعاقد — إلى نفس القاعدة التي يخضع لها الفقهاء عقد المازل ، فيؤخذ فيها بالإرادة الباطنة ، وتهدر الصيغة ، ما دامت لا تعدو أن تكون درجة من درجات المزل وما دامت إرادة العاقد فيها لا تتجه إلى إحداث الأثر .

٣٤٨ — مصير محاولة الكمال : يبدو أن الحل الذي جاء به الكمال بن همام ، للتوفيق بين هذين الاتجاهين المتعارضين ، قد استعصى على الفقه الإسلامى تقبله ^(١) . وهو مطلب يكاد يكون من المسير على هذا الفقه التسليم به ، وما ذلك إلا لأنه ينبو عن نزعة الموضوعية . ولهذا فقد ظل الفقهاء المسلمون يرددون المعايير الموضوعية ، ويقفون عند الصيغ « وهم في ذلك غير غافلين عن أن العبرة في التصرفات بالإرادة لا بالصيغة ، ولكنهم يستخلصون الإرادة من الصيغة ، لأن الإرادة التي يعتمدون بها هي الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة ، وذلك حتى يستقر التعامل . وغنى عن البيان أن الصيغة إذا تمحضت لمعنى معين ، وجب الوقوف عند هذا المعنى باعتبار أنه هو الإرادة الظاهرة ، وليست الصيغة إلا قرينة على هذه الإرادة ، ولكنها قرينة لا تقبل إثبات العكس . ومن ثم بقيت صيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث في النية ، وصيغة الاستقبال لا ينعقد بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك... وبقي الفقهاء يواصلون ترديد هذه القواعد ^(٢) » .

(١) وقد صرح في معارضة الكمال الفقيه الحنفى ابن غانم المقدسى (توفى عام ١٠٠٤) في كتابه « أوضح رمز على نظم السكر » (ج ٣ ، ورقة ٥ — ٦ ، سطر ٤٨ مخطوط في مكتبة الأزهر) إذ يقول : « قال الكمال . . . فإنه ينعقد به في الماضي ، وغيره بالنية . ولا ينعقد بالماضى ، وغيره بلائية . . . أقول : الفرق بين الماضي وغيره واضح . لأن الماضي تقرر وضعه للإنشاء ، واشتهر ، فلم يعتبر معه إنكار النية ، والمضارع لما احتمل الوضع احتمالا غير مرجوح اعتبر معه إنكار النية وكذا قال في القنية لأننا يحتاج إلى النية إذا لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال ، فإذا كان كذلك كأهل خوارزم لا يحتاج إليها » .

(٢) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٩٢ .

§ ٢ — منحي القاعدة الثانية

٣٤٩ — ظلت القاعدة الثانية التي قررها الفقه الإسلامي ، والقاضية بأن المتمحضات المستقبل يؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، موضع إجماع الفقهاء المسلمين^(١) . ولعل مصدر هذا الإجماع هو عدم إقرار الفقهاء المسلمين انفسكة الوعد بالعقد التي أخذ بها الفقه المالكي في حدود ضيقة^(٢) وقد قضى أخيراً القانون المدني العراقي باستبدال المعيار الذاتي الذي يعول فيه على الإرادة الباطنة بالمعيار الموضوعي السائد في صيغة الاستقبال في الفقه الإسلامي والذي يعول فيه على الإرادة الظاهرة .

فقد جاء في المادة ٧٨ من القانون المدني العراقي ما نصه : « صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ، ينعقد بها العقد وعداً ملزماً ، إذا انصرف إلى ذلك قصد المتعاقدين » .

ويعتبر موقف القانون المدني العراقي هذا من صيغة الاستقبال — التي أخرجها من حظيرة المتمحضات للاستقبال وعول فيها على الإرادة الباطنة — نقطة تحول خطيرة في اتجاه الفقه الإسلامي ، إذا اعتبرنا هذا القانون امتداداً لأحكام الشريعة الإسلامية .

(١) يلاحظ أن الدكتور السنهوري قد أشار إلى أن الكمال بن همام قد دعا إلى أعمال الإرادة الباطنة في الصيغة التي تتمحض للاستقبال ، فقد جاء في مصادر الحق (ج ١ ، ص ٩١) : « فصاحب ففتح القدير يحاول العدول عن المعايير الموضوعية التي وضعها الفقهاء ، وهي الصيغة التي تتمحض للحال والصيغة التي تتمحض للاستقبال ، وأن يجعل النية — أي الإرادة الباطنة — هي المعيار » . والواقع أن الكمال لم يدع إلى العدول عن المعايير الموضوعية في الصيغة التي تتمحض للاستقبال . فهو لم يخرج فيها عن إجماع الفقه الإسلامي . وبقى يعتد فيها بالإرادة الظاهرة ويعتبرها غير سالحة لانعقاد العقد باعتبارها مجرد وعد . جاء في ففتح القدير (ج ٥ ، ص ٧٦) « ومثل الأمر المضارع المقرون بالسين ، نحو سأبيعك ، فلا يصح بيعاً ، ولا يتجاوز به في معنى بعثك في الحال ، فإن ذكر السين يناقض إرادة الحال » .

(٢) يلاحظ هنا أن الفقيه الظاهري ابن حزم قد رفض إقرار الوعد بالعقد بالاستناد إلى ظاهر الآية الكريمة : « ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله » .

المبحث الثاني

الكنائيات

٣٥٠ — يمتد الفقه الإسلامى بالإرادة الباطنة فى التعبيرات التى تكون الإرادة الظاهرة فيها غير واضحة . وتكون هذه الإرادة غير واضحة فى الحالات التى يكون فيها التعبير كناية . ونبحث فيما يلى مفهوم التعبير الكناية ثم نعرض لصورة له فى المحتملات للحال والاستقبال .

الفرع الأول

مفهوم التعبير الكناية^(١)

٣٥١ — تعريفها : الكناية « لفظ يحتمل المراد وغيره ، فيحتاج فى الاعتداد به لنية المراد لخفائه ، فهو نية أحد محتملات اللفظ . لانية معنى مغاير لدلوله^(٢) » . وعرفت أيضاً بـ « أنها ما استتر مراده بحيث لا يفهم إلا بقريئة^(٣) » . كقول البائع :

(١) حاشية الشبرايملى على نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٨٤ .

(٢) العرف والعادة فى رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ١٤٨ .

* الكناية عند أهل اللغة هى « أن يتكلم بشئ ويريد غيره (رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٤٤٠) أو هى « أن يتكلم بشئ يستدل به عن المكنى عنه كالرفث والغائط (حاشية الأزيمرى على مرآة الأصول ، ج ٢ ، ص ٦٥) . » .

وهى فى عرف البيانين « أن يذكر لفظ ويراد معناه ، لا لذاته ، بل لينقل منه إلى معنى ثان هو ملزوم للمعنى الأول ، ومتبوع له . . . فصيح أن يقال فلان طويل النجاد ، قصداً به إلى طول القامة ، وإن لم يكن له نجاد أصلاً ، بل وإن استحال المعنى الحقيقى ، كما فى قوله تعالى « والسموات مطويات بيمينه ، والرحمن على العرش استوى (حاشية الأزيمرى) » .

وعرفها آخرون بأنها « لفظ أطلق ، وأريد به لازم معناه ، مع جواز إرادة ذلك المعنى (البلاغة الواضحة تأليف على الجارم ومصطفى أمين ، ص ١٢٥) » . وهى تنقسم باعتبار المكنى عنه إلى ثلاثة أقسام : فإن المكنى عنه قد يكون صفة ، كما لو قيل فى وصف جيد حسناء « أنها بعيدة مهوى القرط » ، وقد يكون موصوفاً ، كما لو قيل فى وصف قلب « أنه يجمع الأضغان » ، وقد يكون نسبة ، كما لو قيل فى وصف الشجاع « فى ثوبيه أسد » .

وهى فى عرف الأصوليين « ما استتر المراد به فى نفسه حقيقة أو مجازاً ، فالحقيقة التى لم تهجر ، والتى هجرت وغلب معناها الخازى فى الاستعمال كناية ، والحجاز المتعارف صريح ، وغير المتعارف كناية (حاشية الأزيمرى) » .

جعلت لك هذه الضيعة وسلطتك عليها بكذا ، وكقول الأب في الزواج : وهبتك
إبنتي ، وكقول المطلق لامرأته : فارقتك واذهي .

ويقابل الكناية الصريح ، وهو ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال
كصيغة بعث وزوجت وطلقت وهو ، كما مر معنا ، لفظ لا يفهم منه غيره عند
الإطلاق ، وينكشف المراد منه في نفسه .

٣٥٢ — مظاهرها : التعبير الكناية قد يكون لفظاً أو كتابة ، وقد يكون
إشارة أو فعلاً .

(أ) فالتعبير عن الإرادة بالكتابة مثلاً قد يوصف في بعض الأحوال بأنه صريح
أو كناية ، كما هو الحال في الطلاق . فالأحناف يعتبرون الطلاق المكتوب تعبيراً
صريحاً بينما يعتبره الشافعية تعبيراً كناية يفتقر إلى النية^(١) .

(ب) والتعبير عن الإرادة بالإشارة ، تارة يكون صريحاً ، وطوراً يكون كناية .
وهذا ما جرى عليه المذهب الشافعي ومعياره في هذا التمييز هو فهم الرجل الوسط من
الناس لمعنى الإشارة . فما كان منها في مقدور هذا الأخير أن يفهمه ، عد تعبيراً
صريحاً ؛ وما كان في مقدور الرجل النبيه وحده أن يفهمه ، عد تعبيراً كناية^(٢) .

وجاء في الأحوال الشخصية لأستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة : « ويقوم مقام
اللفظ الصريح إشارة الأخرس الدالة على الطلاق التي لا تحتمل سواه في عرفه الذي
يمامه المتصلون به . فإن هذه الإشارة أقصى ما يمكنه أداء المعنى به ، فتعتبر بالنسبة له
كاللفظ الصريح^(٣) » .

(ح) التعبير عن الإرادة بالأفعال ؛ قد يكون تعبيراً صريحاً ، وقد يكون تعبيراً
كناية . فركوب الدابة مثلاً هو تعبير عن الإرادة يفيد إجازة العقد ، إذا صدر من
العاقد صاحب خيار الشرط أو خيار العيب . ولئن كان مؤدى هذا التعبير واحداً وهو

(١) راجع ماسبق ، ف ٢١٦ ، ص ٢٠٧ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ٢٢٧ ، ص ٢١٦ — ص ٢١٧ .

(٣) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ٢٩٢ .

إجازة العقد في الخيارين ، فهو يحمل صفتين متغايرتين فيهما ، فهو في الأول تعبير كناية يفتقر إلى النية ، بينما هو في الثاني تعبير صريح لا يفتقر إلى النية^(١) .

٣٥٣ - مكرها : حكم التعبير الكنائى أنه لا يجب العمل به إلا بالنية أو بقرينة تعين المراد وفيه قصور عن البيان اللازم^(٢) وفي هذا تختلف الكناية عن

(١) راجع ماسبق ، ف ٢٤٠ ، ص ٢٣٠ .

(٢) ويلاحظ هنا أن الكناية لا تصلح البتة كدليل لإثبات الحدود في العقود ، وللإلزام في الكفارات ، ذلك لأن كلا منهما يدرأ بالشبهة . فلو قال السارق « أخذت » يكون غاصباً ، ولا يقطع وكذا لا يحذف حد القذف بنحو جاءت فلانة أو واقعته . ولا يحذف إذا أقر على نفسه بموجب إلى الحد بطريق الكناية أو التعريض (التعريض نوع من الكناية : وهو أن يذكر شيئاً يدل على شيء لم يذكر . كما لو قال : أنا لست كذا . تعريضاً بأن المخاطب كذلك . راجع أصول الفقه للأستاذ أبي اليسر عابدين ، ص ١٠٠ وانظر مراة الأصول ، ج ٢ ، ص ٦٨) .

وقد روى أن رجلاً ادعى على آخر أنه أخذ ماله من بيته فأقر بـ « الأخذ » . فسئل الفقهاء بعصر هارون الرشيد ، فأفتوا بقطع يده . فقال أبو يوسف ، لا ، لأنه لم يقر بـ « السرقة » وإنما أقر بالأخذ . فادعى المدعى أنه سرق ، فأقر بها . فأفتوا بالقطع . فقال أبو يوسف ، لا ، لأنه لما أقر أولاً بالأخذ صار غاصباً وثبت عليه الضمان ، فسقط القطع ، فلا يقبل إقراره بما يسقط الضمان عنه .

فإن قلت : لو قذف رجل رجلاً بالزنا : فقال آخر : « هو كما قلت » حداً معاً . مع أن هذا تعريض لا يثبت به الحد . قالوا في جوابه إن كاف التشبيه توجب العموم في المحل الذى يحتمله ، حتى قلنا في قول على رضى الله عنه : « إنما أعطيناكم الزمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا » . أنه مجرى على العموم . بخلاف قول عائشة رضى الله عنها : « سارق أمواتنا كسارق أحيائنا » . لعدم احتمال المساواة والعموم ، لأجل التفاوت الصريح بينهما .

وإنما قلنا نحن مع الشافعى أنه لا يحذف بالتعريض ، لأن الله سبحانه فرق بينهما ، أى بين حكم الصريح والتعريض . حيث حرم صريح خطبة المتوفى عنها زوجها في العدة . وأباح التعريض فيها ؛ فقال : « ولا تواعدوهن سرراً » وقال : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم بهن خطبة النساء أو أكنتم في أنفسكم » . فإذا ثبت من الشارع نفي الإتحاد في حكمهما في غير الحد ، لم يجوز أن يعتبر الإتحاد على وجه يوجب الحد المختلط في درئه .

راجع البدائع ، ج ٧ ، ص ٤٣ ، ص ٢٨ . وص ٤٢ ، ص ١٦ ، وص ٤٤ ، ص ١١ ؛ وانظر بداية المجتهد ج ٢ ، ص ٤٣٢ ، ص ١٠ ؛ وفتح القدير ، ج ٤ ، ص ١٩١ ، ص ٨ ،

ويلاحظ من الأمثلة السابقة دقة الفقهاء المسلمين في استخلاص الإرادة من اللفظ ، وإعمالهم للألفاظ التى لا تفسر بوضوح عن الإرادة الباطنة في مجال الحدود . أما في مجال التعبيرات التصرفية فلقد رأينا أن للفقهاء — في موقفهم من الكناية — مسلكاً مغايراً لما سبق ، وهو أقرب إلى الاطمئنان والإيجابية منه إلى الحذر والسلبية ، فهم يعملونها هنا عندما تحدد نية صاحب التعبير المراد منها ، أو عندما تدل على هذه النية قرينة خارجية .

الصريح اختلافاً بيناً فلقد رأينا أن حكم الصريح يثبت بعين الكلام ومن غير توقف على نية أو قرينة كما مرّ .

٣٥٤ - الوقت الذي يجب أنه يفترق فيه النية بألفاظ السكناية : عن الفقهاء المسلمون بوجه خاص ببيان الوقت الذي يجب أن تعاصر فيه النية لفظ السكناية ، ففي الأشباه والنظائر للسيوطي : « يجب اقتران النية بكل اللفظ . وقيل : يستكتفى بأوله . . . ومعنى اقترانها بكل اللفظ أن يوجد جميع النية المعتبرة عند كل حرف منه . ومعنى الاكتفاء بأوله . أنه لا يجب استصحابها إلى آخره . ونظير ذلك : نية كناية الطلاق . وفيها الوجهان : قال في المنهاج : وشرط السكناية : اقترانها بكل اللفظ . وقيل يكفي بأوله . ورجح في أصل الروضة خلافهما ، فقال : ولو اقترنت بأول اللفظ دون آخره أو عكسه طلقت في الأصح . . . وفي الكواكب للأسنوي : إذا كتب : زوجتي طالق ، ونوى ، وقع الطلاق في الأصح . . . وإنما اشترطنا النية فيه لكونه غير ملفوظ به ، لا لانتفاء الصراحة فيه . . . وحينئذ فينوى الزوجة ، حين يكتب (زوجتي) والطلاق حين يكتب (طالق) . . . ونظير ذلك كنيات البيع وسائر العقود ^(١) » .

٣٥٥ - نطاقها : ليست المذاهب على اتفاق في صدد التعبيرات الكنائية فما يمتز به مذهب ما كناية قد يعتبره مذهب آخر صريحاً ، وقد يتطور اللفظ الواحد فينقلب من صريح إلى كناية أو العكس . ونورد فيما يلي نصاً من الفقه الشافعي يبين الحدود التي يأخذ فيها هذا الفقه بالكنيات ؛ ثم نعطي صورتين لاختلاف الفقهاء في السكنايات ؛ الأولى من النكاح والثانية من الطلاق .

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي : « قاعدة : قال الأصحاب : كل تصرف يستقل به الشخص ، كالطلاق ، والعتاق ، والإبراء ينمق بالسكناية مع النية كأنمقاده بالصريح .

ومالا يستقل به ، بل يفترق إلى إيجاب وقبول ضربان :

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٤ ، س ٢٠ .

ما يشترط فيه الإشهاد كالنكاح ، وبيع الوكيل المشروط فيه ، فهذا لا ينمقد بالكناية ، لأن الشاهد لا يعلم النية .

وما لا يشترط فيه . وهو نوعان : ما يقبل مقصوده التعليق كالكتابة ، والخلع ، فينمقد بالكناية مع النية .

وما لا يقبل ، كالإجارة والبيع وغيرها وفي انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية . وجهاً أصحهما : الانعقاد ^(١) .

٣٥٦ — ويلاحظ أن الشافعية يخالفون الأحناف في انعقاد النكاح بالكناية . والأحناف بدورهم مختلفون في هذا . فالبعض منهم يمنع انعقاد النكاح بالألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بعوض ، ولو قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة الدالة على المجاز . والبعض الآخر يجيزه . « وحجة المجيزين في ذلك المذهب أن اللفظ إذا اقترن بما يدل على إرادة الزواج ، وهو يفيد ملك العين التي تقتضى حل المتعة ، كان مستعملاً في الحقيقة في معنى الزواج ، فيجوز . وحجة المانعين أن حقيقة البيع وما يشبهه تخالف حقيقة الزواج . فلا يستعمل لفظه فيه ^(٢) » .

ويبدو أن الأحناف المجيزين لانعقاد النكاح بالكناية يعتبرون ذكر المهر في النكاح نائباً عن النية — سيراً مع نزعتهم في عدم التعويل عليها في كل ظرف يتسنى فيه الاعتماد على بدليها ؛ ومنهم من يتساهل فلا يشترطها لا أصالة ولا نيابة . وقد استشكل السكال هذا التساهل . وإليك ما جاء في فتح القدير في هذا الصدد :

قال السكال : « وله [الشافعي] أيضاً ، أن الشهادة شرط في النكاح والكناية لا بد فيها من النية ، ولا اطلاع للشهود عليها .

قال في شرح الكنز : قلنا ليست شرطاً مع ذكر المهر .

وذكر السرخسي أنها ليست بشرط مطلقاً لعدم اللبس ، كقولهم للشجاع

« أسد » . وكما إذا حلف لا يأكل من هذه « النخلة » ، فإنه ينصرف إلى المجاز من

غير نية ، ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال .

(١) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٤٤ . وجاء في نهاية المحتاج للرملي ، ج ٣ ، ص ٦ :

« ينمقد البيع بالكناية مع النية ... في الأصح مع احتمالها قياساً على نحو الكتابة والخلع » .

(٢) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ٣٧ — ٣٨ .

ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعى أمرين : أحدهما : انقضاء قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازى ... والآخر : وجود قرينة تفيد إرادة المعنى المجازى ^(١) .

٣٥٧ - ونورد فيما يلي صورة أخرى عن اختلاف الفقهاء في الكنايات نستمدّها من كنايات الطلاق كالألفاظ « أنت على حرام » أو « محرمة » أو « حرمتك على نفسي » وهي تصور إلى حد كبير مرونة التعبيرات الكنائية وعدم ثباتها .

(أ) المذهب الحنفي : يرى المتأخرون من الأحناف أن هذه الألفاظ هي صرائح في الطلاق البائن ، لتعارف هذه الصيغة في التطبيق ، بينما يرى المتقدمون منهم أنها كنايات ؛ لأن معنى الحرمة المنع ، فهي تحتمل منع الزوجة عن الخيرات أو المعاصي ، وتحتمل منعها عن متع الزواج بطريق الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، أو بطريق الظهار أو الإيلاء ، وتحتمل الكذب في نسبة التحريم إليها ، لأنها في الواقع حلال ، فإن نوى إحدى البينونتين أو الإيلاء أو الظهار ثبت ما نوى ، وإن نوى الكذب بطل الحلف .

وإن لم ينو شيئاً انصرفت إلى الإيلاء . وهذا مذهب أبي بكر ، وعمر بن مسعود ، وعائشة ، والحسن البصري ، وعطاء ، وطاؤوس ، وابن المسيب ، وسعيد بن جبير ، وإبراهيم النخعي ، وأصحابه ، وغيرهم .

(ب) ومذهب المالكية ، أنها كنايات ظاهرة لا تحتاج إلى نية ، واختلفوا في الواقع بها ، فقليل ثلاث تطبيقات في كل حال . والمشهور أنه إن كان مدخولاً بها فثلاث ، وإلا فينوى ، فإن أراد البينونة الصغرى أو الكبرى لزمه .

(ح) ومذهب الشافعي ، أنه طلاق رجعي ، أو ظهار إن نوى واحداً منها . وإن نوى مجرد التحريم أو لم ينو شيئاً فعليه كفارة يعين . وهو مذهب الزهري وطاؤوس . وعن الشافعية أنه صريح بناء على تعريفه بأنه ما اشتهر عرفاً في الطلاق .

(د) ومذهب أحمد ، في إحدى الروايات عنه وإسحاق بن راهويه أنه صريح في الظهار .

(١) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٧ ، س ٢٧

(هـ) ومذهب الظاهرية أنه باطل .

ويقول الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة : « إن هذه المسألة كثر النزاع فيها بين الخلف والسلف حتى أربت مذاهبها على الثمانية عشر ^(١) » .

وينتهي الأستاذ أبو سنة ، إلى ترجيح رأى الأحناف المتأخر ، معولاً في ذلك على العرف فيقول : « وبهذا يترجح مذهب الحنفية ، ويقال بعد ذلك إذا لم يجر العرف بالتطبيق بهذه الألفاظ ، كانت كناية ، لا يقع الطلاق بها إلا بالنية ، أو دلالة الحال ؛ كما هو مذهب المتقدمين ؛ وإذا تمورفت فيه وقعت طلاقاً بانية بلا نية ، إلا أن بنوى الثلاث ، كما هو رأى المتأخرين . فلاحتمك في المسألة أولاً وآخرأ إلى العرف ^(٢) » .

٣٥٨ — انقلب التعبير الكناية إلى تعبير صريح : قد يصبح التعبير الكناية تعبيراً صريحاً وقد يحدث العكس ، فينقلب التعبير الصريح إلى تعبير كناية ، والعامل المؤثر في هذا الانقلاب قد يكون العرف وقد يكون القرائن .

٣٥٩ — دور العرف في تصريح الكنايات : إذا رجعنا إلى تعريف كل من الكناية والتصريح نجد أن للعرف وغلبة الاستعمال الدور الأهم في التمييز بين هذين النوعين من الصيغ . فالعرف هو الذي يضع الخط الفاصل بين صرائح الصيغ وكناياتها . ونحن إذا ما رجعنا إلى المثال السابق ، نلمس بوضوح دور العرف في تطور نظرة الأحناف إلى صيغة « انت على حرام » بين متقدمي فقهاءهم ومتأخريهم . ويكاد العرف يمثل هذا الدور الهام لدى جميع المذاهب ^(٣) فلقد جاء في « العرف والمادة في رأى الفقهاء » للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة : « نكل ما تمورف في الطلاق يقع بلا نية عند الحنفية والمالكية وأحد رأبين للشافعية ^(٤) » .

ويقول الإزميري : « إن منشأ الاستتار في الكناية ليس قصد المتكلم الاستتار بل قلة الاستعمال ، كما أن منشأ الظهور في الصريح كثرة الاستعمال . والاستتار ، وإن

(١) العرف والمادة في رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة ، ص ١٥١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر اختلاف الفقهاء في كنايات الطلاق في فرق النكاح للأستاذ علي الحقيف ،

ص ٢٠٢ — ص ٢٠٩ .

(٤) « العرف والمادة » للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة ، ص ١٥٠ .

كان يقصد لأغراض صحيحة ، لكنه لا يصلح منشأ للكناية . لأن المعنى المراد — متى استتر بقلة الاستعمال — يكون اللفظ كناية ، سواء قصد المتكلم استتاره ، أو لم يقصد — ومتى لم يستتر بكثرة الاستعمال — يكون صريحاً وإن قصد المتكلم استتاره ؛ لأن قول الزوج « أنت بائن » كناية وإن لم يقصد استتاره^(١) .

ويقول ابن القيم : « وعلى هذه القاعدة [اعتبار العوائد] تخرج أعيان الطلاق والعناق وصيغ الصرائح والسكنايات . فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية ، وقد تصير الكناية صريحاً تستغني عن النية^(٢) » .

وقال صاحب الفتح : « والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة^(٣) » .

ولعلنا نجد في استناد الشارع إلى العرف وغلبة الاستعمال ، في إعماله للإرادة الباطنة وإعماله للإرادة الظاهرة ، خير ما ينبيء عن صلة هذه الإرادة الأخيرة بالعنصر الاجتماعي ، الذي ترتكز عليه . فما لاشك فيه ، أن غلبة استعمال لفظ ما بين قوم يولد في نفوسهم ثقة به ، واطمئناناً إلى فخواه ؛ ون هذه الثقة تهيب بالشارع إلى نبليز فهم الجماعة لهذه الإرادة الظاهرة ، ومنحها درجة من الثبات تناسب واطمئنان المجتمع إليها وثقتها بها . ولاشك أن في إبعاد نية صاحب التعبير عن مجال تحديد هذه الإرادة — كما لسنا ذلك في كلام الإزميري — هو خير ما يبعد التزعزع عن هذا التعبير ، وخير ما يؤول إلى استقرار التعامل بين الأفراد في المجتمع^(٤) .

هذا وإذا كان للعرف أن يرتفع بالسكنايات المحتملة لمعاني متعددة إلى مصاف الصرائح المنحصرة في معنى وحيد ؛ فلقد سبق أن رأينا ، إبان بحثنا للمتحمضات للحال ، أن هذا العرف نفسه هو الذي كان له الفضل في نقل المحتملات للحال

(١) حاشية الإزميري على مرآة الأصول ، ج ٢ ، ص ٦٦ — ٦٧ .

(٢) لإعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٦٧ . راجع ماسبق ، ص ٣٠٧ .

(٣) فتح القدير آخر بحث الإيلاء .

(٤) « إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة ، فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجننه سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لانفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المؤلف في التعامل (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٣٦ — ٣٧) » .

والاستقبال الزمنية إلى مصاف المتمحضات للحال ، كما هو الحال في صيغة المضارع ،
التي نقلها العرف لدى أهل خوارزم إلى مصاف المتمحضات للحال ، وجعلها على صعيد
واحد مع صيغة الماضي ^(١) .

٣٦٠ — دور القرائن في تصریح الكنايات : لسنا نقصد من إمكانية تصریح
القرائن للكنايات أن هذه الكنايات تنقلب إلى صرائح في حقيقة الأمر . وإنما نقصد
من التصريح ، التصريح الفعلي ، لا الاسمي . ذلك أن الكناية تبقى محتفظة بماهيتها ،
ظالماً أن العرف لم يعد يده إليها لكي ينقلها إلى مصاف الصرائح . وإنما تنوب القرائن
فيها ، في هذه الحالة ، عن اليمين في تحديد أحد محتملاتها ، مع ممارستها في نفس الوقت
لنفس الامتيازات التي يتمتع بها التعبير الصريح في حدود ذلك الظرف الخارجي الذي
أحاط بها . فيتعلق الحكم عندها بهذه الكناية مقرونة بالقرينة المصاحبة لها ؛ فكان
الكناية قد انقلبت إذن من حيث المخبر إلى تعبير صريح — ما دام الحكم قد تعلق بها
مقرونة بالقرينة المرافقة ، ولم يستند البتة إلى نية صاحب التصرف ، التي حل العرف
محلها في تحديد أحد محتملات اللفظ — وإن كانت من حيث المظهر ظلت كناية ،
لعدم اعتراف العرف بها كتعبير صريح .

فدور القرينة يقتصر إذن على تحديد أحد محتملات اللفظ ، وهو نفس الدور الذي
تقوم به اليمين حال تجرد الكناية عن القرينة . ولئن كان الشارع ، في هذه الحالة
الأخيرة ، يأخذ بالإرادة الباطنة لصاحب التصرف . فهو في الحالة الأولى يأخذ ،
على ما نعتقد ، بالإرادة الظاهرة ، ما دام قد اعتمد على المظاهر الملموسة ، دون
البواطن النفسية ، وما دام التعبير لا يقتصر على اللفظ ، وإنما يشمل ما يرافقه من
ظروف مقارنة .

ولقد اعتبر ابن نجيم حلول القرينة محل اليمين قاعدة أساسية . قال في أشباهه :
« والمذاكرة إنما تقوم مقام النية في القضاء ^(٢) » . ونورد فيما يلي مثاليين من المذهب

(١) راجع ماسبق ، ف ٣٢٥ ، ص ٣٢٢ وانظر أيضاً نصوصاً قوية في هذا المعنى سبق أن
استعرضناها عند تعليلنا الأخذ بالإرادة الظاهرة في صيغة الماضي ، أنظر ماسبق ، ف ٣٢٣ ، ص ٣١٧ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ، ص ٣٩ ، س ١ .

الحنفي عن التفويض ، والطلاق ، إيضاحاً لهذه القاعدة .

٣٦١ - (١) قال الكاساني : « وأما شرائط صيرورة الأمر بيدها فشيئان أحدهما : نية الزوج الطلاق ، لأنه من كنيات الطلاق ، فلا يصح من غير نية الطلاق ، ألا ترى أنه لا يملك إيقاعه بنفسه من غير نية الطلاق ، فكيف يملك تفويضه إلى غيره من غير نية الطلاق ، حتى لو قال الزوج : ما أردت الطلاق يصدق . ولا يصير الأمر بيدها ، لأن هذا التصرف يحتمل الطلاق ، ويحتمل غيره . إلا إذا كان الحال حال الغضب والخصومة ، أو حال مذاكرة الطلاق . فلا يصدق في القضاء لأن الحال تدل على إرادة الطلاق ظاهراً ، فلا يصدق في المدول عن الظاهر ^(١) » .

٣٦٢ - (ب) وأما الطلاق ، فلمعرفة دور القرائن فيه ، فلا بد من تفصيل كنيات الطلاق والأحوال المرافقة لها .

أما ألفاظ الكناية فهي ثلاثة أنواع :

- (١) ما يصلح جواباً لطلب الطلاق ، ولا يصلح شتماً ، مثل (اعتدى) .
- (٢) ما يصلح جواباً وشتماً ، ولا يصلح رفضاً لطلب الطلاق ، مثل (خليه ، يريه ، بثلة) .
- (٣) ما يصلح جواباً لطلبها الطلاق ورفضاً له ، مثل (أخرجي ، إذهي ، قومي) .

ويلاحظ أن احتمال إرادة الطلاق في الألفاظ السابقة يتدرج من القوة إلى الضعف حسب ترتيبها . فهو في النوع الأول أقوى منه في النوع الثاني ، وهو في هذا النوع أقوى منه في النوع الثالث . ويبدو أن احتمال إرادة الطلاق في هذا النوع الأخير ، قد بلغ من وهنه حداً ، لا يقوى معه أي ظرف خارجي على تحديد المراد من اللفظ . وغنى عن القول أن الصرائح لا يخاطبها أي احتمال ولذلك فهي لا تفتقر إلى نية أو أي ظرف خارجي في تحديد مدلولها .

ويلاحظ أن لهذا التدرج في قوة أنواع الكناية ، مساساً في التدرج الذي سنراه

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١١٣ ، ص ١٦ .

في نطاق قوة الظروف الخارجية المصاحبة لها . وتبدو آثار هذه العلاقة ، في مدى حلول الظروف الخارجية محل النية في تحديد مدلول هذه الكنايات . فكلما ازداد حظ الكناية من الضعف ، ازداد تطلبها إلى ظرف خارجي ، يكون على مستوى من القوة ، بحيث يساعدها في الاستغناء عن نية صاحبها في تحديد مدلولها . فالنسبة بينها هي نسبة عكسية .

أما الظروف الخارجية ، التي تحيط عادة بصاحب التصرف عند استعماله ألفاظ الكناية في الطلاق ، فهي لا تخرج عن أحد الأحوال الآتية :

(١) حال مذاكرة الطلاق . (٢) حال الغضب . (٣) حال الرضا .

ونستبعد هنا الحالة الثالثة ، لأن الكناية فيها تخضع للقاعدة العامة ، من حيث وجوب توافر الإرادة الباطنة لتحديد المراد منها . وينحصر بحثنا في الحالتين الأولى والثانية . ويلاحظ أن الظرف الخارجي في الحالة الأولى ، هو أقوى في الدلالة على إرادة الطلاق منه في الحالة الثانية . وعلى هذا فنحن إذا قابلنا بين ذينك النوعين وهذين الطرفين نجد :

(١) أن نوع الكناية الذي تبهر فيه إرادة الطلاق (مثل خليه ، بقله ، بربه)
تمس فيه الحاجة إلى ظرف خارجي يشتد فيه وضوح هذه الإرادة (كظرف مذاكرة الطلاق) ، لكي يكون في مقدور هذا الظرف ، أن يغني الشارع عن تطلب نية صاحب التعبير لتحديد مدلول مراده . وينبني على ذلك أن الظرف الخارجي الأضعف ؛ (كالغضب) لا يغني عن النية في هذه الكنايات .

(٢) وأن النوع الذي يشتد فيه وضوح إرادة الطلاق (كتمبير اعتدى) يكفي فيه الظرف الخارجي الأضعف (كالغضب) ، لتحديد مدلول هذه الكناية ، وهو عند ذلك يكمل هذه الإرادة ، ويفني الشارع عن تطلب نية صاحب التعبير لتحديد مدلول مراده . وينبني على ذلك أن الظرف الخارجي الأقوى (كمذاكرة الطلاق) يغني عن النية في هذا النوع من باب أولى .

٣٦٣ — على أننا يجب أن نلاحظ أن دور القرينة في تحديد أحد احتمالات الكناية ليس واحداً لدى الفقهاء .

ففي المثال المتقدم مثلاً ، لم يكن الفقهاء على اتفاق ، فيما يتعلق بإمكانية حلول القرينة محل الإرادة الباطنة في تحديد أحد محتملات كفايات الطلاق . والأحناف على ما يبدو ، ومعههم بعض الحنابلة ، هم أميل إلى الاعتداد بالقرائن ، أما الفقهاء المالكي والشافعي ، فنجد لديهما ميلاً ظاهراً إلى الاعتداد بالإرادة الباطنة ، دون القرائن . وتظل هذه القرائن المصاحبة للتعبير قاصرة عن الدلالة على إرادة صاحبه ، وعاجزة عن الرق به إلى مصاف التعبير الصريح ، كما هو الحال في الفقهاء الحنفي والحنبلي . ويقول أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة في هذا الصدد :

« والمذهب الحنفي يقول : إن الطلاق بالكناية ، إن كانت دلالة الحال تبين معنى الطلاق ، يقع من غير نية ، إذ الحال تعتبر قرينة مثبتة أن المراد باللفظ الطلاق ، وتجعله دالاً عليه . فإن لم تكن الحال كافية للدلالة على إرادة الطلاق ، بل تجعل دلالة عليه احتمالية ، فإن الطلاق يقع ، إن وجدت النية . وعلى ذلك لا يشترط المذهب الحنفي في وقوع الطلاق بألفاظ الكناية النية دائماً بل يكفي في بعض الأحوال بدلالة الحال ، وفي بعضها لا يكفي بها ، ويشترط النية .

هذا رأى الحنفية ومعهم بعض الحنابلة ، ورأى الشافعي ومالك أن ألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية ، ولا عبرة لدلالة الحال ، وذلك لأن هذه الألفاظ لم توضع للدلالة على تلك الحقيقة الشرعية ، ولم تعين في العرف للدلالة عليها ، فلا تقع دالة على الطلاق إلا إذا استعملها التكلم مجازاً في هذا المعنى ، وذلك بقصده الطلاق بها ، وقيام القرينة الدالة على ذلك فلا يتحقق المجاز إلا بالقصد إليه ، وذلك بالنية ، فلا يقع الطلاق بها من غير نية^(١) . »

٣٦٤ — هذا وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب مالك والشافعي . فقد نص في مادته ٩٣ على أن الطلاق « يقع بالألفاظ الكناية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية^(٢) » .

(١) الأحوال الشخصية ، قسم الزواج للأستاذ محمد أبو زهرة ، ص ٢٩٢ — ٢٩٣ .
ونشير هنا إلى أن ابن حزم والشيعة الحنفية ومن ذهب مذهبهم لا يعتدون بكفايات الطلاق مطلقاً ،
(٢) أنظر أيضاً المادة ٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المطبق في الإقليم الجنوبي للجمهورية العربية المتحدة .

وعلى ذلك إذا سدر من الزوج لفظ من ألفاظ الكناية ، فادعت الزوجة عليه أنه طلقها بهذا اللفظ ، لصدوره عنه ، واعترف هو بصدوره ، ولكن أنكر إرادة الطلاق ، يكون القول قوله بيمينه ، فيحلف أنه ما أراد بهذا اللفظ الطلاق ، فإن نكل عن اليمين ، صدقت في دعواها إرادة الطلاق باللفظ ، وحكم بصدق دعواها في الطلاق^(١) .

ونحن نرى أن القانونين السوري والمصري ، حسناً فعلاً ، في اعتمادهما على مذهبي مالك والشافعي ، والاعتداد في بيان مراد الكناية على نية صاحبها ، لإسهامها في الإقلال من حوادث الطلاق — وهو أبغض الحلال إلى الله — ما أمكن !^(٢)

٣٦٥ — نظور نظرية الإبرادة الباطنة في الكنایات : رأينا فيما سبق أن للعرف دوراً هاماً في تصريح الكنایات ؛ ورأينا إلى جانب ذلك ، عند بحثنا لدور القرآن في تحديد مدلول الكنایات ، أن الشارع الإسلامي ، تارة يرتاب في اليمين كمنعصر إثبات ويؤثر عليها القرآن ، وطوراً يركن إليها كما هو الحال في المذهبين المالكي والشافعي .

(١) كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم ، ص ٢٥٤ .

(٢) ويبدو ميل الفقه الحنفي إلى الإعتماد على القرائن ، والارتياب باليمين كوسيلة للإثبات ، في غير حالات الكناية ، كما في شراء الوكيل للموكل ، فقد اتفق أئمة المذهب الحنفي على رفض عين الوكيل في إثبات الشراء لنفسه ، وأحلوا محلها قرائن أخرى ظاهرة ، اعتدوا بها لإثبات نية هذا الوكيل ، وهي مصدرية المال الذي شري به الوكيل . فإن كان هذا المال يعود للموكل كان الشيء له ، وافترضت نية شراء الوكيل للموكل . وإن كان المال للموكل ، افترضت نية شراء الوكيل لنفسه . وهكذا تحمل هذه القرائن الظاهرة ، محل نية الوكيل ، ولا يقوى عين الوكيل على إثبات خلافها .

جاء في البدائع (ج ٦ ، ص ٣١ ، س ٦) : « وأما الوكيل بشراء شيء بغير عينه . إذا اشترى يكون مشترئاً لنفسه ، إلا أن ينويه للموكل . وجملة الكلام فيه . أنه إذا قال : « اشتريت لنفسى » وصدقه الموكل ، فالمشترى له . وإذا قال الموكل : « اشتريته لى » وصدقه الوكيل ، فالمشترى للموكل ؛ لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه ، كما يملك الموكل ، فاحتمل شراؤه لنفسه ، واحتمل شراؤه لموكله ، فيحكم فيه بالتصديق ، فيجمل على أحد الوجهين بتصادقهما . ولو اختلفا فقال الوكيل : اشتريته لنفسى . وقال الموكل : بل اشتريته لى . يحكم فيه الثمن . فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه ، فالمشترى له . وإن أداه من دراهم موكله ، فالمشترى لموكله ؛ لأن الظاهر قد الثمن من مال من يشترى له ، فكان الظاهر شاهداً للثمن ، فكان صادقاً في حكمه » .

هذا ، وإذا شئنا أن نحدد منحنى الفقه الإسلامى فى تطويره للسكنايات ، كان علينا بحث عن القوة ، التى تدفع السكنايات فى تطويرها وتوجيهها الوجهة التى تصبو إليها . وهذه القوة التى ألعنا إليها ، هى فى نظرنا ليست سوى العرف ، ذلك أن عرف هو الذى استطاع ، كما رأينا ، أن يقبل السكنايات إلى صرائح معنى ومبنى . ومن هذا نستدل ، على أن الفقه الإسلامى يسير نحو المزيد من الصرائح — الك أن العرف قل أن يقبل الصريح إلى كناية — أو إن شئت فقل ، إنه فى اعتماده على العرف ، وهو معيار موضوعى ، يدعو إلى المزيد من الأخذ بالإرادة الظاهرة فى العقود ، ويؤكد ما سبق أن قررناه فى مطلع هذه الرسالة ، من أن النزعة السائدة فى الفقه الإسلامى ، هى النزعة الموضوعية .

الفرع الثانى

المحتملات للحال والاستقبال

٣٦٦ — رأينا سابقاً أن معيار الفقه الإسلامى فى الصيغ المتمحضة للحال أو الاستقبال — على اعتبار أنها من الصرائح — هو معيار موضوعى يقضى بالاعتداد بالإرادة الظاهرة .

ونتكلم هنا فى الصيغ العقدية المحتملة للحال والاستقبال ونقرر بادية ذى بدء أن المعيار المعمول عليه فى هذا النوع من الصيغ — باعتبارها من السكنايات — هو معيار ذاتى يقضى بالاعتداد بالإرادة الباطنة. ونتكلم فيما يلى عن نطاق هذه المحتملات وتطورها.

المطلب الأول

نطاقها

٣٦٧ — نستطيع أن نقرر مقدماً ، أن كل ما لم تضمه زمرة المتمحضات للحال أو الاستقبال التى أشرنا إليها سابقاً هو من الصيغ المحتملة للحال والاستقبال . وعليه يدخل فى هذه الزمرة : المضارع ، والجل الاسمية المحتملة فى رأى السائد فى الفقه الإسلامى ، والأمر لدى بعض المالكية .

٣٦٨ - المضارع : في الفقه الإسلامي آراء ثلاثة حول الاعتداد بصيغة المضارع^(١)

(١) رأى موسع يعقد بها . (٢) رأى مضيق يهملها . (٣) رأى متوسط يقتصر على إعمالها في عقد البيع .

٣٦٩ - الرأى الموسع : يذهب هذا الرأى إلى صلوح الفعل المضارع كتعبير

تماقدي في جميع العقود إذا صاحبته نية الحال . وقد قال بهذا الرأى الطحاوي وصاحب تحفة الفقهاء ، وهو الرأى الأصح . ونورد فيما يلي النصوص الفقهية في هذا المعنى : جاء في العناية : « ولا ينعقد بالفظن أحدهما الماضي والآخر المستقبل . . . وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الحال ، وأما إذا كان المراد ذلك ، فينعقد البيع ، وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء ، وشرح الطحاوي^(٢) » .

وفي تبين الحقائق : « ألا ترى إلى ما قاله في شرح الطحاوي . ثم عقد البيع تارة ينعقد بالفظن ، وتارة ينعقد بثلاثة ألفاظ . فأما الذي ينعقد بالفظن ، نحو أن يكون لفظ المتماقدين على الماضي أو على الإيجاب في الحال . . .

وأما الإيجاب فنحو أن يقول البائع : « أبيع منك هذا العبد بألف درهم » ، وأراد به إيجاب البيع في الحال ، وقال المشتري « قبلت » أو « اشتريت^(٣) » . وفي جمع الأنهر : « وفي التحفة باللفظين الماضيين ينعقد بدون النية ، وأما بصيغة المستقبل ، لا ، إلا بالنية . قال صاحب القنية : وهذا الفقه ، وهو أن الشرع حمل

(١) يبدأ المضارع عادة بأحد حروف « أنيت » . ونعقد أن المضارع الذي يبدأ بحرف الياء لا يصلح أن يكون إيجاباً ، لأن الإيجاب تعبير متلقى ومن شرائطه ، كما رأينا ، أن تتوافر فيه نية التوجيه إلى مخاطب . أما المضارع المبدوء بحرف التاء فهو يصلح في نظرنا لإيجاباً . كما لو قال شخص الآخر : تشتري مني هذا الكتاب بجنبيه . فلو قال الآخر : قبلت ، انعقد العقد . ووجهه أن الإيجاب وهو « بت » مضمرة في قول البائع ومعناه « تشتري مني فإني بت » وذلك قياساً على الفرع الذي نقله فيما يلي عن الفتاوى الهندية (ج ٣ ، ص ٣) « ولو قال لآخر : « اشتريت مني هذا الشيء » بكذا » وقال الآخر « اشتريته » ولم يقل هو « بت » . . . ينعقد لأن « بت » مضمرة في قول البائع . ومعناه : « اشتريت فإني بت » كذا في المحيط ، وهو المختار ، كذا في مخار الفتاوى .

(٢) العناية شرح الهداية على فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٥ .

(٣) تبين الحقائق للزيلعي ، ج ٤ ، ص ٤ .

الإيجاب والقبول علامة الرضا والإخبار عن الحال ، أدل على الرضى وقت العقد من الماضى ^(١) .

وفى الفتاوى الهندية : « وينعقد بالماضى بلا نية وبالمضارع بها على الأصح ، كذا فى البحر الرائق ، فإذا قال البائع : « أبيع منك هذا العبد بألف » أو أبدله أو أعطيكه وقال المشتري : « اشتريته منك » أو آخذه ، ونوى الإيجاب للحال ، فإنه ينعقد ، وإن لم ينو لا ينعقد ، هكذا فى القنية ^(٢) .

وفى البحر الرائق : « (البيع ينعقد بإيجاب وقبول) . . . ماضيين أو حالين كما فى الخانية . لكن ينعقد بالماضى بلا نية ، وبالمضارع بها على الأصح ، كذا فى البدائع . وهو المراد بقول بعضهم أنه ينعقد فى المستقبل بالنية ^(٣) » .

وفى البدائع : « وأما صيغة الحال ، فهى أن يقول البائع للمشتري : « أبيع منك هذا الشيء بكذا » ونوى الإيجاب ، فقال المشتري : اشتريت ، أو قال المشتري : « أشتري منك هذا الشيء بكذا » ونوى الإيجاب . أو قال البائع : « أبيعك منك بكذا » وقال المشتري : أشتريه ، ونوى الإيجاب ، يتم الركن ، وينعقد . وإنما اعتبرنا النية ههنا ، وإن كانت صيغة أفمل للحال ، هو الصحيح ؛ لأنه غالب استعمالها للاستقبال ، إما حقيقة أو مجازاً ، فوَقعت الحاجة إلى التعمين بالنية ^(٤) .

وفى حاشية أبى السعود : « فذكر فى النهر ما نصه . ولم يقيد الإيجاب والقبول بالماضى ، لأنه ينعقد بالمضارع ، لكن بالنية فى الأصح ^(٥) » .

٣٧٠ — مسوغات الاعتماد بصيغة المضارع : الأصل المتفق عليه لدى الفقهاء

المسلمين ، أن صيغة أفمل هى للحال عند الإطلاق . ولقد أتى الكسانى بأسس ثلاثة — عرفت وشرعى ولغوى — لحالية المضارع ، قال : « ومن هذا القبيل قول الرجل

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، ج ٢ ، ص ٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٤ .

(٣) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٦٤ .

(٤) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

(٥) حاشية أبى السعود ، ج ٢ ، ص ٥٢٢ ، ص ٢٤ .

« كل مملوك لى فهو حر » ويقع على ما فى ملكه فى الحال ... وكذا إذا قال « كل مملوك أملكه » ولا نية . لأن صيغة « أفعل » وإن كانت تستعمل للحال والاستقبال . لكن عند الإطلاق يراد به الحال عرفاً ، وشرعاً ، ولغة .

أما العرف : فإن من قال « فلان يأكل أو يفعل كذا » يريد به الحال ، أو يقول الرجل : « أنا أملك ألف درهم » يريد به الحال .

وأما الشرع : فإن من قال : « أشهد أن لا إله إلا الله » يكون مؤمناً ، ولو قال : « أشهد أن لفلان على فلان كذا » يكون شاهداً : ولو أقر أن : « لفلان على كذا » صح إقراره .

وأما اللغة : فإن هذه الصيغة موضوعة للحال على طريقة الأصالة ؛ لأنه ليس للحال صيغة أخرى ، وللإستقبال السين وسوف ، فكأن ، أصلها فيها ، والإستقبال دخيلاً ، فمنذ الإطلاق يصرف إلى الحال .

ولو قال : « عنيت به ما أستقبل ملكه » عتق ما فى ملكه للحال ، وما استحدث الملك فيه ، لما ذكرنا أن ظاهر هذه الصيغة للحال ؛ فإذا قال « أردت به الإستقبال » ، فد أراد صرف الكلام عن ظاهره ، فلا يصدق فيه ، ويصدق فى قوله : « أردت ما يحدث ملكى فيه فى المستقبل » فيمتق عليه بإقراره ^(١) .

وقال السكال بن همام : « والحق أن المراد بالمستقبل الذى ينمقد به بنية الحال ، هو المضارع ... والمختار أنه موضوع للحال ^(٢) » .

وقال البارقي : « والفعل المضارع عند الفقهاء ، حقيقة فى الحال على ما عرف ^(٣) » . على أن هذا الأصل الذى قرره الفقهاء قد خرجوا عنه فى الصيغ المقدية . وكان الباعث لهم على هذا الخروج ، كما صرح به السكاسانى ، هو غلبة استعمال المضارع للإستقبال ، إما حقيقة أو مجازاً ؛ ولقد كان من نتائج تردد صيغة « أفعل » بين حظيرة الحال — حيث وضعت له فى الأصل — وحظيرة الإستقبال — حيث قد غلب

(١) البدائع ، ج ٤ ، ص ٦٧ ، س ٧ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٦ .

(٣) العناية على الفتح ، ج ٥ ، ص ٧٥ .

استعمالها فيه حقيقة أو مجازاً — إن دعت الضرورة إلى اقترانها بنية صاحب التعبير للحال ، لتثبيتها في مجاله . ولكي تنبئ عن إرادة باتة في التعاقد . وإليك ما قاله الكاساني في هذا الصدد : « وإنما اعتبرنا النية ههنا ، وإن كانت صيغة أفعل للحال ، هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً ، فوَقَّعت الحاجة الى التعمين بالنية ^(١) . » ^(٢) .

٣٧١ — الرأي المضبوط : يذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم صلوح صيغة أفعل كتعبير تعاقدي ، حتى ولو كان مقروناً بنية الحال . وقد أشار إلى هذا الرأي المحيظ وشارح القدوري وصاحب التحرير ^(٣) .

٣٧٢ — الرأي المتوسط : قال به صاحب العناية البارتى ، وهو يذهب إلى أن المضارع يمتد به مع النية في عقد البيع فقط ، أما في غير البيع فهو مرفوض وسواء قارنته النية أم فارقت . ويلاحظ أن رأي البارتى هو أدنى إلى الرأي الضيق منه إلى الرأي الموسع ، ذلك لأن الأصل عنده أن العقد لا ينعقد بالمضارع وقد استند في تسويغ رأيه هذا إلى الحجج الآتية :

أولاً : إن الآثار الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم تفيد أن الرسول الأعظم صلى الله عليه وسلم كان مقتصرأ في عقودهم على صيغة الماضي .

ثانياً : إن « النية إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية ، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف ، فهو إذن لا يحتاج إلى نية ولا ينعقد به العقد » .

ثالثاً : إن لفظ المضارع ، إن كان من جانب البائع ، كان عدة لا بيعاً . وإن كان من جانب المشتري ، كان مساومة .

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

(٢) ويلاحظ أن لهذا الاحتمال أثراً هاماً في تقدير عقوبة القذف . جاء في البدائع ج ٧ ، ص ٤٣ ، س ٣٠ « ولو قال لرجل « أنت تزني » لأحد عليه ، لأن هذا اللفظ يستعمل للاستقبال ويستعمل للحال ، فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال .

(٣) رد المختار ، ج ٤ ، ص ١٠ .

جاء في العنايه : « (ولا ينمقد بلفظين ، أحدهما الماضي ، والآخر لفظ المستقبل)
وإنما لا ينمقد بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي ، الذي يدل
على تحقق وجوده ، فكان الانمقاد مقتصراً عليه .

ولأن لفظ المستقبل ، إن كان من جانب البائع ، كان عدة لا بيعاً ، وإن كان من
جانب المشتري ، كان مساومة .

وقيل ، هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الإيجاب في الحال .
وأما إذا كان المراد ذلك ، فينمقد البيع . وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح
الطحاوى . ثم قيل في تعليقه : لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت بالنية .
وقيل : لأن هذا اللفظ وضع للحال ، وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز . وفيه بحث .
لأن المذكور لفظ المستقبل ، وهو إنما يكون بالسين أو سوف . وهو لا يحتمل
الحال ، ولا وضع له ، فإن أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك ، فلا خفاء في عدم
انمقاد البيع به ، ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها الحل .

وإن أراد ما يحتمل الاستقبال ، وهو صيغة المضارع ، فيجوز أن يقال أنه لم يقل
بالجواز به ، وإن كان بالنية .

لأنها إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية ، والفعل المضارع عند
الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف ، فلا يحتاج إلى النية . ولا ينمقد به . لما مر من
الأثر والمعقول^(١) .

هذا وإذا كان لأنصار الرأي الأول المحيز لانمقاد العقد بصيغة أفعل أن يسألوا
مع البارتي بأن المضارع هو حقيقة في الحال ، وأن النية التي اشترطوها هي لمجرد دفع
احتمال العدة ، فللبارتي أن يجيبهم ، بأن التسليم بأن المضارع هو حقيقة في الحال ،
يتنافى مع افتقاره إلى النية ، لأن هذا الافتقار هو من شأن المجاز الذي يحتاج إليها
لنفي إرادة الحقيقة ، لا من شأن الحقيقة التي لا تحتاج إلى نفي إرادة المجاز . وإليك
ما ذكره البارتي في مناقشة رأي المخالفين :

قال : « لا يقال سلمنا أنه حقيقة في الحال ، لكن النية إنما هي لدفع المحتمل ،

(١) شرح العنايه على الفتح ، ج ٥ ، ص ٧٥ .

وهو المدة ، لا الإرادة الحقيقية ، لأن المهود أن المجاز يحتاج إلى ما ينفي إرادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج إلى ما ينفي إرادة المجاز — على أنه دافع للمعقول دون الأثر^(١) .

وبعد أن يقرر البارقي رفض المضارع من حيث المبدأ ، حتى ولو صاحبه النية . وبعد أن يناقش رأى المجيزين ، يجد أن نص الطحاوي — وهو فقيه حنفي له مكانته — يشير صراحة إلى قبول المضارع في عقد البيع إذا صاحبه النية . ويظل هذا المسلك ، الذي انتهجه الطحاوي حجة للمجيزين ، لا يجد أمامه البارقي محيصاً من الترحيح عن منعه لانعقاد العقد بصيغة أفل ، فيقدم على قبول هذه الصيغة في عقد البيع فقط ، مستنداً في ذلك إلى تفسير رأى الطحاوي تفسيراً لا يخلو في رأينا من التكلف . وإليك ما قاله في هذا الصدد :

« فإن قيل : فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي ؟ فالجواب أن يقال : المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع . والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي . والمضارع فيها مجاز فيحتاج إلى النية^(٢) » .

ويمدو مؤدى رأى البارقي عندئذ ، أن الحقيقة الشرعية في البيوع هو اللفظ الماضي فقط .

أما المضارع فهو مجاز ، فيحتاج إلى النية لنفي إرادة الحقيقة ، شأنه في ذلك شأن كل مجاز .

ونحن لسنا نوافق البارقي على تضييقه ولقد أثبتنا سابقاً خطأ ما ذهب إليه من أن الرسول كان يقتصر على استعمال الماضي^(٣) .

٣٧٣ — الرؤسر : سبق أن أشرنا عند بحثنا للمتمحضات للحال أن رأى السائد في الفقه الإسلامي على اعتبار صيغة الأمر متمحضة للحال ونشير هذا أن ثمة قولاً روى عن مالك يذهب إلى اعتباره محتملاً للحال والاستقبال شأنه شأن الفعل

(١) المرجع السابق .

(٢) العناية على فتح القدير ، ج ٥ ص ٧٥ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٣٢٢ .

«المضارع . وبلحظ هنا أن الفقيه المالكي الدسوقي تارة يذهب إلى ظنية الأمر وطوراً إلى قطعيته كما يشير إلى ذلك النصان التاليان :

جاء في حاشية الدسوقي : « والمضارع : إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء ، قبل قوله ، وإلا لزم .

أما الأمر : فهل هو كالماضى ، وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة ، أو كالمضارع ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ؟

ولكن الأرجح أن عليه اليمين ، لأنه قول ابن القاسم في المدونة ^(١) » .

وجاء أيضاً : « فالماضى ، لما كان دالا على الرضا من غير احتمال ، انمقد البيع به من غير نزاع . والأمر كـ « بمعنى » إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له ، أو التماسه منه ، إلا أنه محتمل لرضاه به ، وعدمه ، لكن العرف دل على رضاه به . وحينئذ فيستوى الأمر مع الماضى ^(٢) » .

٣٧٤ — الصيغ الرسمية المحتملة : الصيغ الاسمية المحتملة هي الصيغ الخبرية التي

لا تتضمن فعلا والتي لا تفيد إرادة ثابتة في الإيجاب ، كقول البائع : « سلعتي بمائة دينار » ، جواباً على سؤال المشتري : « بكم سلعتك ؟ » .

وقد سبق أن أشرنا ، عند بحثنا لمتمحضات للحال إلى أن الصيغ الاسمية المحتملة ، قد تنقلب إلى صيغ اسمية متمحضة للحال ، إذا ما رافقتها بعض القرائن ^(٣) . ونضيف هنا ، أن هذه القرائن ليست على درجة واحدة في نظر الفقهاء .

فما يعتبره فقيه قرينة صالحة لرفع الصيغة الاسمية الظنية إلى مرتبة الصيغة الاسمية القطعية ؛ قد لا يراه فقيه آخر كذلك .

فقد جاء في المدونة الكبرى : « قال سألت مالكا عن الرجل يقف بالسلمة في السوق ، فيأتيه الرجل . فيقول : « بكم سلعتك هذه ؟ » فيقول « بمائة دينار » .

(١) حاشية الدسوقي على شرح الدردير ، ج ٣ ، ص ٣ — ٤

(٢) المرجع السابق .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٣٣٧ ، ص ٣٣٦ .

فيقول : قد أخذتها ، فيقول الرجل : لا أبيعك . وقد كان أوقفها للبيع . أترى أن هذا يلزمه ؟ .

قال : قال مالك : يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ، ما ساومه على الإيجاب في البيع ، ولا على الإمكان ، وما ساومه إلا على كذا وكذا ، لأمر يذكره غير الإيجاب . فإذا حلف على ذلك ، كان القول قوله ؛ وإن لم يحلف لزمه البيع ^(١) .

وفي شرح الخطاب : « وأما الألفاظ المحتملة ، فلا يلزم البيع بها بمجرددها ، حتى ينزل بها عرف أو عادة ، أو ما يدل على البيع ؛ مثل أن يقول المبتاع : « بكم ؟ » فيقول البائع : « بدينار » فيقول : قبلت . فيقول البائع : لا أبيعك .

فإن كان في سوق تلك السلعة ، فروى أشهب يلزمه البيع .

وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ، ولا يلزمه ^(٢) .

وها نحن نرى من المثاليين السابقين ، أن مالكا وابن القاسم لا يعتبران قرينة الوقوف في السوق ، كافية لرفع الجملة الاسمية المحتملة ، إلى مصاف الجملة الاسمية القطعية ؛ بل تظل في نظرها محتملة ، ويتطلبان اليمين لدعمها . أما أشهب فيبدو أكثر تساهلا منهما ، فهو يعتبر هذه القرينة كافية لقطعية الإيجاب إذا اقترن بها ، وللاخذ فيه بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

المطلب الثاني

تطور نظرية الإرادة الباطنة في المحتملات

٣٧٥ — نستطيع أن نستخلص مما تقدم أن الفقه الإسلامي كان يسير في تطوره نحو الاطمئنان إلى المحتملات كأداة صالحة لإبرام العقد .

(١) فلقد بدأ هذا الفقه ، على ما نعتقد ، حاضراً التعاقد بصيغة المضارع ؛ يشهد على ذلك ما جاء في المتون الفقهية الشهيرة ، وبمقد البيع بصورة خاصة ، حيث يبدو الفقهاء أكثر تشدداً في ذلك منهم ، في عقد النكاح .

(١) المدونة الكبرى ، ج ١٠ ، ص ٥١ .

(٢) شرح الخطاب على سيدي خليل ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ — ٢٣٠ .

فلقد جاء في مختصر القدوري : « ينمقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي^(١) » وفي الهداية : « ولا ينمقد بلفظين أحدهما الماضي ، والآخر بلفظ المستقبل^(٢) » . وفي الكنز : « ويلزم بإيجاب قبول^(٣) » . وقيدهما المعنى شارح الكنز بصيغة الماضي^(٤) .

وفي مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : « وينمقد بإيجاب وقبول بلفظ الماضي^(٥) » . وفي المبسوط : « وانمقد هذا البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي . . . ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل . . . لا ينمقد البيع عندنا^(٦) » .

وإلى جانب ما تقدم ، نجد في هامش ابن عابدين نصاً يصرح فيه بأن صاحبي التحرير ، والمحيط ، وشارح القدوري ، ينعنون التعاقد بصيغة المضارع كما مر^(٧) .

(ب) ويبدو أن الفقهاء المسلمين ، بدءوا يشعرون بوطأة قيد اشتراط الماضوية في صيغة العقد ، فأخذوا يتحللون منه ، عن طريق السماح بإبرام العقد بصيغة المضارع ، إذا ما اقترن بنية الحال . وكان شارح الطحاوى أول من قال بهذا النظر .

(ح) ويبدو أن الفقهاء قد اتخذوا مسلكين من نظرية الطحاوى : فمنهم من استجاب لها ، وأول ما في التون الشهيرة تأويلاً يتفق ومؤداها . ومنهم من وقف منها موقف الحذر فلم يقبلها إلا بقدر ، وأثر الإخلاص إلى التون التي هي بين يديه . وهذا هو صنيع البارئ ، الذي اجتراً على قبول هذا التساهل في حدود عقد البيع ، كما مر . والظاهر أن الرأي الأول ، هو الذي ساد فيما بعد . ولعلنا نلمس آثار هذه السيادة ، في نص البدائع ، الذي قرر لأول مرة في تاريخ الذنون ، أن الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي ، وقد يكون بصيغة الحال^(٨) .

(١) الجوهرة النيرة ، ج ١ ، ص ٢٢٥ ، س ١١ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٥ ، س ٤ .

(٣) تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ٣ ، س ٢ .

(٤) راجع العيني شرح الكنز ، ج ٢ ، ص ٢ ، س ٥ .

(٥) مجمع الأنهر ، ج ٢ ، ص ٢ ، س ٢١ .

(٦) المبسوط ، ج ١٢ ، ص ١٠٨ ، س ٢٣ .

(٧) راجع ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ١٥ وما سبق من . . .

(٨) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

(٤) ولعل الفقه الإسلامى قد وصل إلى ذروة تطوره فى نظريته إلى صيغة المضارع ، هند ما سمح لهذه الصيغة ، وشريطة تحقق بعض الظروف ، أن تكون على قدم المساواة مع صيغة الماضى بأن اعتد فى كليهما بالإرادة الظاهرة ، وهذا ما أقره الفقهاء المسلمون لأهل خوارزم الذين تعارفوا استعمال هذه الصيغة للحال .

هذا ، وإننا لنجد فى تأسيس الفقه الإسلامى للصيغة العقدية ، على معيار العرف ، فى هذه المرحلة الأخيرة فوزاً كبيراً للمرونة فى الصناعة الفقهية الإسلامية ، ودخضاً قاطعاً لشبهة الجمود والتضييق التى أراد البعض أن يلصقها بالصيغ العقدية فى الفقه الإسلامى . وإليك ما قاله أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة فى هذا الصدد :

« وترى من هذا ، أن الفقهاء يبدون بادية الرأى متشدين فى أن تكون صيغ العقود بالفاظ ماضية ، ثم إذا مرنا معهم فى تحليل الفكرة ، وجدناهم متحليلين من ذلك التقييد ، بله التشدد فيه ، إلى إجازة العقود بالعبارات الدالة من غير تقييد بالفاظ ماضية ، أو صيغ خاصة ، ما دام العرف يقدر دلالتها ، والنية مقترنة بها ، ومعها ما تحمل فى ثنائياها من إرادة ورغبة فى العقد فى الحال^(١) » .

٣٧٦ — بقى أن نقول إن الفقه الإسلامى قد سار فى تطوره إلى الإقلال من المحتملات وذلك عن طريق قلب التعبيرات المحتملة إلى تعبيرات متمحضة للحال ، فى الأحوال التى لا تدع القرينة المصاحبة شكاً فى دلالتها على الرضا .

واعلم الدافع الذى حدا بالفقه الإسلامى إلى هذا الاتجاه هو نزعة الموضوعية التى ندعوه إلى الحذر من اليقين لإثبات الإرادة الباطنة فى المحتملات^(٢) ، وطرحها فى كل حالة يتسنى له فيها تلمس الإرادة الباطنة عن طريق آخر كلفظ « الآن » ، والوقوف بالسلعة فى السوق ، وظروف الزواج .

(١) الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد أبى زهرة ، ص ٢٠١ — ٢٠٢ .

(٢) جاء فى شرح الخطاب (ج ٤ ، ص ٢٣٢) : « وإن أتى بصيغة المضارع فسلطامه محتمل . فيختلف على ما أراده » وفى حاشية الدسوقي على شرح الدردير (ج ٣ ص ٣ — ٤) « والمضارع إن حلت من أتى به أنه لم يرد اليقين أو الثمراء ، قبل قوله ، وإلا لزم » . وفى هامش الصاوى على شرح الدردير (ج ٣ ص ٣) « والمضارع يحتمل لحال والاستقبال ولم يكن فى العرف دالاً على الرضا ، فيقبل الرجوع فيه باليقين » .

(٢٤ — التعبير عن الإرادة)

الفصل الثالث

النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

٣٧٧ — درسنا فيما سبق نظرية الإرادة الظاهرة في الفقه الإسلامي من خلال زاويتين : زاوية النظرية العامة للعملة ، وزاوية نظرية التعبير الصريح . وتبيننا منهما مدى اعتداد الفقه الإسلامي بالمنصر الظاهر في المظنة بوجه عام ، وبالعنصر المادي في التعبير الصريح بوجه خاص . وقلنا إن الأصل أن يمتد الشارع في الصرائح بالإرادة الظاهرة . ونمضي هنا في دراسة هذا الأصل من زاوية الأحكام الوضعية في حالات الاختلاف بين التعبير والإرادة ، لكي نتعرف على مدى نشاط كل من التعبير والإرادة في التصرف القانوني عندما ينفصم شطراه ، عسانا نلقى بالنتائج التي سنصل إليها ضوءاً جديداً على ما انتهينا إليه ، وعسانا ندرك بهذه النتائج الجديدة التنظيم الفقهي الإسلامي إدراكاً دقيقاً ، دون ترك أي من تفاصيله ، ودون التقييد بأية فكرة سابقة .

ونبحث فيما يلي : (١) حالات الخلاف . (٢) النظرية العامة .

المبحث الأول

حالات الخلاف بين التعبير والإرادة

٣٧٨ — ليس التلازم بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة بتلازم ضروري ، بل قد ينفك أحدهما عن الآخر . وهذا الانفكاك قد يكون وليد انعدام الإرادة أصلاً ، وقد يكون قصدياً ، وقد يكون غير قصدي .

ونبحث فيما يلي هذه الحالات الثلاث :

- (١) حالات انعدام الإرادة .
- (٢) حالات الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة .
- (٣) حالات الاختلاف غير المقصود بين التعبير والإرادة .

الفرع الأول

حالات انعدام الإرادة

٣٧٩ — إن أظهر مواطن الاختلاف بين الإرادة المعلنة والإرادة الحقيقية تبدو في أحوال انعدام التمييز ، حيث تنفرد الإرادة الظاهرة في عالم الحس ، وتنعدم الإرادة الحقيقية أو تحجب في عالم النفس ، إما لانعدام التمييز الحقيقي ، كما في حالة المجنون والصبي غير المميز . وإما لانعدام التمييز الحكمي ، كما في أحوال النائم والمنعمى عليه والسكران .

هذا ولقد انعقد إجماع الفقهاء المسلمين على إبطال التصرفات الصادرة من المجنون والصبي غير المميز والنائم والمنعمى عليه ، ولعل سندهم النقل في هذا الإبطال هو الحديث الشريف : « رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يكبر ^(١) . »

وعلى الشاطبي إبطالها بقوله : « الأحكام إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد ، فإذا عريت عن المقاصد ، لم تتعلق بها . والدليل ما ثبت من عدم اعتبار الأفعال الصادرة من المجنون ، والنائم ، والصبي ، والمنعمى عليه . وأنها لا حكم لها في الشرع بأن يقال فيها : جائز ، أو ممنوع ، أو واجب ، أو غير ذلك . كما لا اعتبار بها من البهائم ^(٢) » ووصف التفقازاني كلام النائم بأنه « بمنزلة الحنان الطيور ، وأنه ليس بخبر ولا إنشاء ، ولا يتصف بصدق ولا كذب ^(٣) » .

٣٨٠ — السكران : وقف الفقهاء من تصرفات السكران موقفين : فمنهم من مال إلى إهدارها أسوة بتصرفات النائم والمنعمى عليه ممن انعدم تمييزهم حكماً . ومنهم من مال إلى التفصيل مميّزاً — بالاستناد إلى اعتبارات غير تعاقدية — بين حالة السكر بمنحرم حيث تعتبر تصرفات السكران صحيحة ، وحالة السكر من أجل التداوى حيث تعتبر تصرفاته باطلة عملاً بالقاعدة التي تقضى بإبطال تصرفات من انعدم تمييزهم حقيقة

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٢٤ .

(٢) الموافقات للشاطبي ، ج ١ ، ص ١٤٩ .

(٣) التلويح على التوضيح ، ج ٢ ، ص ١٦٩ .

أو حكماً . ويلاحظ هنا أن تصحيح تصرفات السكران في الحالة الأولى ليس هو على سبيل حماية استقرار التساميل وطمأنينته بل على سبيل زجر صاحب التصرف الذي أقدم على معصية بتعاطيه المسكر .

وإليك أدلة الفريقين كما جاءت في البدائع : « وأما السكران إذا طلق امرأته . فإن كان سكره بسبب محذور بأن شرب الخمر أو الفيسند طوعاً حتى سكر وزال عقله ، فطلاقه واقع عند العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم .

وعن عثمان رضى الله عنه أنه لا يقع طلاقه ، وبه أخذ الطحاوى ، والكرخى ، وهو أحد قولى الشافعى .

وجه قولهم : أن عقله زائل ، والعقل من شرائط أهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لا يقع طلاق المجنون والصبي الذى لا يعقل ، والذى زال عقله بالبنج والدواء . وكذا هذا ، والدليل عليه أنه لا تصح رده ، فلأن لا يصح طلاقه أولى .

ولنا : عموم قوله عز وجل «الطلاق مرتان» إلى قوله سبحانه وتعالى : «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره» ، من غير فصل بين السكران وغيره إلا ما خص بدليل ، وقوله عليه السلام : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه » . ولأن عقله زال بسبب هو معصية ، فينزل قائماً عقوبة عليه وزجر له عن ارتكاب المعصية . ولهذا لو قذف إنساناً أو قتل يجب عليه الحد والقصاص وأنهما لا يجبان على غير الماقل ، دل على أن عقله جعل قائماً للزجر والردع كمن قتل مورثه إنه يحرم من الميراث ، ويجعل المورث حياً زجراً للقاتل وعقوبة عليه ، بخلاف ما إذا زال بالبنج والدواء ، لأنه ما زال بسبب هو معصية^(١) »

فمناط هذا التفصيل لدى هذا رأى الأخير لا يستند ، كما ترى ، إلى اعتبارات فنية تتعلق بتوافر العنصر الإرادى أو انعدامه وإنما هى تتعلق باعتبارات مصلحة لا شأن لمجال التعاقد بها^(٢) .

(١) البدائع ، ج ٣ ص ٩٩ .

(٢) ولم يرق هذا التفصيل لبعض الباحثين ، فقد دعا الدكتور محمد يوسف موسى إلى إهمال هذه الاعتبارات المصلحية التى لا تمت بصلة إلى المجال التعاقدى والاعتداد بالاعتبارات الفنية التى =

٣٨١ — هذا وقد أثر المشرع السوري الأخذ بعدم التفصيل ، سواء في نطاق القانون المدني أو في نطاق قانون الأحوال الشخصية . فقد جاء في المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدني : « يكون التعبير عن الإرادة باطلا ، إذا صدر من شخص وهو في حال غيبوبة ، أو هو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتياً ، بحيث يكون هذا الشخص فاقد التمييز » . ولقد كان يقصد من هذا الحكم ، كما جاء في المذكرة الإيضاحية إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكفى لفقد الأهلية ، وإن استتبعته فقد الإرادة ، ما بقي الاضطراب قائماً .

وجاء في الفقرة الأولى من المادة ٨٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري : « لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المسكره ^(١) » .

هذا ويستند إلغاء طلاق السكران إلى مذاهب الأئمة الثلاثة المالكي والشافعي وأحمد ^(٢) .

الفرع الثاني

الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة

٣٨٢ — الاتفاق بين التعبير والإرادة يمكن أن ينفصم بصورة مقصودة في أحوال ثلاث :

(١) التعبير الحسكى . (٢) التحفظ الذهني . (٣) الصورية .

= تقضى بوجوب الاعتماد بإرادة السكران الباطنة وإهمال تصرفاته أسوة بحالات انعدام التمييز الأخرى فهو يقول بهذا الصدد (الأموال ونظرية العقد ، ف ٤١٢ ، ٢٨٨) : « ونحن نذهب إلى عدم صحة عقود السكران ، وإن كان سكره بمجرم ، لأنه لا يدري ما يقول ، فهو إذ لا يقصده ولا يريد ، ذلك شرط في العقود ، لما أن أساسها هو التراضي ، ولأن — وهذه ناحية أخرى — لسكر جزاءه الديني ، لو أننا شريعة الله وحدوده ، والأخرى أيضاً ، فلا نجد معنى لتحميل من يقترب هذا الإثم جزاء آخر تضطرب به العقود والمعاملات بين الناس » ويرد على المؤلف أنه اعتبر تصحيح عقود السكران دعوية إلى « اضطراب العقود والمعاملات بين الناس . » وأنه لهذا الاعتبار رفض الرأي القائل به ودعا إلى إبطال عقودهم . والواقع أن تصحيح عقود السكران يدعو إلى استقرار المعاملات لا إلى اضطرابها لأنه يستند إلى إعمال الإرادة الظاهرة التي يطمئن إليها الناس في تعاملهم ولعل الرأي الذي ذهب إليه المؤلف هو نفسه الذي يدعو إلى هذا الاضطراب وإن كان يحقق من ناحية أخرى احترام الإرادة الحقيقية التي أعطاه المؤلف اعتبارها الأول (١) راجع المادة الأولى من المرسوم ٢٥ الصادر في مصر عام ١٩٢٩ التي تنص على عدم وقوع طلاق السكران .

(٢) الأحوال الشخصية ، للاستاذ محمد أبى زهرة ، ف ٢٢٧ ، ص ٢٨٦ .

المطلب الأول

التعبير الحكائي (*)

٣٨٣ — قد تقال الكلمات المخصصة عادة للتصرفات القانونية دون أن تنصرف نية صاحبها إلى إحداث أثر قانوني ، وهذه الحالة تشبه الحالة السابقة في مظهرها ، ففي كليهما ينفصم الاتفاق بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، على أن الانفصام في تلك الحالة إذا كان مقروناً بانعدام الوعي ، فهو في هذه الحالة مصحوب بوعي وإدراك تامين ، ويحدث هذا عادة في حالة التلقين أو بمناسبة تعليم اللثة أو القانون أو بمناسبة عرض تمثيل . ففي هذه المناسبات يردد الملقن أو المدرس أو الطالب أو الممثل عبارات من شأنها إحداث الأثر القانوني دون أن تنصرف نيته إلى إحداث هذا الأثر في الواقع . ونستعرض فيما يلي هذه الحالات :

٣٨٤ — الملقن : قد يلقن شخص تعبيراً بلغة لا يفهمها كما لو لقن عربى سائحاً يوغوسلافياً تعبيراً تصرفياً . ففي هذه الحالة نقسم أن نصب آثار هذا التعبير في ذمة الملقن أم أن هذا التعبير يعتبر باطلا لا ينتج أثراً ؟ ذهب الرأي السائد في الفقه الإسلامى إلى اعتبار هذه التعبيرات لغوياً وذهب رأى آخر قالت به قلة من الفقهاء مغرقة في المادية إلى إعمال هذه التعبيرات في بعض التصرفات .

جاء في فتح القدير : « لو لقنت امرأة : « زوجت نفسى » بالعربية ، ولا تعلم معناها ، وقبل الزوج ، والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون ، صح ، كالطلاق ، وقيل : لا ، كالبيع ، كذا في الخلاصة . ومثل هذا في جانب الرجل ، إذا لقنه ولا يعلم معناه . وهذا في جملة مسائل : الطلاق ، والعقاق ، والتدبير ، والنكاح ، والخلع ، فالثلاثة

* درج الكتاب في الإقليم المصرى على إطلاق تسمية « التعبير غير الجدى » على ما أطلقنا عليه تسمية « التعبير الحكائي » (راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحمى حجازى ، ج ١ ، ف ٤٢٣ ، ص ٣٣٦ ، التنصرف المجرد للدكتور محمود أبى عافية ف ٨١ ، ص ٢٧٦ ، التعبير عن الإرادة للدكتور وليم قلادة ، ف ٦٧ ، ص ٢٠٠) ونرى أن التسمية الثانية أدق وأليق بما يرمى اليه الفقهاء عادة من هذا الاصطلاح . هذا إلى أن تسمية التعبير غير الجدى قد تختلط بتسمية التعبير العورى الذى هو بدوره تعبير غير جدى .

الأولى واقعة في الحسك . ذكره في عتاق الأصل في باب التدبير . . . قال قاضيخان ينبغي أن يكون النسكاح كذلك ، لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد . فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل ، بخلاف البيع ونحوه . . . وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء ، لا يبرأ^(١) . »

وجاء في رد المختار : « لو لقنته لفظ الطلاق ، فتلفظ به غير عالم بمعناه ، فلا يقع أصلاً ، على ما أفتى به مشايخ أوزجند ، صيانة عن الغالينس . وغيرهم على الوقوع قضاء فقط^(٢) . »

هذا ولسنا نوافق على الرأي الصحيح لتعبير الملقن رغم وروده في الكتب المعتمدة ، ونرى أن إبطال الشارع التعبيرات الحسكائية الأخرى يقتضى من باب أولى إبطال تعبیر الملقن ، لأنه بمنزلة لفظ البهلاء التي تردد ما يقال لها . وإليك ما قاله ابن القيم مؤيداً به الرأي الآخر المبطل لمثل هذه التعبيرات .

جاء في إعلام الموقعين : « وقال أصحاب أحمد : لو قال الأعجمي لامرأته : أنت طالق . وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة ، لم تطلق لأنه ليس غتاراً للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالكراه . قالوا فلو نوى موجهه عند أهل العربية لم يقع أيضاً ، لأنه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه ، وإن تلفظ بصريح الطلاق . وكذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر . وفي مصنف وكيع أن عمر بن الخطاب قضى في امرأة قالت لزوجها : سمّني خلية طالق . قال لها : فأنت خلية طالق . فأنت عمر بن الخطاب ، فقالت : إن زوجي طلقني . فجاء زوجها ، فقص عليه القصة ، فأوجع عمر رأسها . وقال لزوجها : خذ بيدها ، وأوجع رأسها . وهذا هو الفقه الحلي الذي يدخل على القلوب بغير استئذان !^(٣) » .

(١) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٩ ، س ٢٤ ، وانظر أيضاً الشرنبلالي على الدرر ، ج ١ ، ص ٣٢٨ ، س ٢ .

(٢) رد المختار ، ج ٢ ، ص ٢٤٤ .

(٣) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٥ .

٣٨٥ — مائة التعليم والتعلم : وصورتها أن يحرق أستاذ القانون التجارى — وهو

فى ممرض تدريسه للأوراق التجارية — سنداً على نفسه لصالح أحد الطلاب . أو أن يحرق طالب إلى زميله سنداً تجارياً على سبيل التعلم . أو أن يكرر طالب مسائل الطلاق بحضرة زوجته . فى هذه الأحوال وأمثالها — حيث يرد من يقوم باللغة أو الفقه نعلماً أو تعليماً عبارات من شأنها إحداث الأثر القانونى — نكون أمام تعبيرات حكاية يحكى فيها المدرس أو الطالب لغة العلم الذى يدرسه أو يدرسه . وهذه التعبيرات تعتبر باطلة شرعاً لأن إرادة صاحبها لم تنتج إلى إحداث الأثر الشرعى .

٣٨٦ — مائة التمثيل المسرحى : وصورتها أن يعقد أحد الممثلين مع آخر صفقة

تجارية تمثيلاً على المسرح فى هذه الحالة وأمثالها نكون أمام تعبيرات حكاية يحكى فيها الممثل دور شخص من أشخاص الدور المسرحى وهذه التعبيرات تعتبر كالسابقة باطلة شرعاً ، لأن إرادة صاحبها لم تنتج إلى إحداث الأثر على أن سؤالاً هنا قد يثور حول التعبيرات التى يعتبر هزلها كجدها كالطلاق والنكاح كما لو خاطب ممثل ممثلة بصيغة عقد الزواج على سبيل التمثيل . أفتمتص هذه التعبيرات صحيحة بوصفها هزلاً أم أنها تعتبر لاغية أسوة بغيرها ؟ ليس ثمة فى الفروع ما يشير صراحة إلى الحل الواجب الاتباع فى مثل هذه الحالة . على أننا إذا قسناها على حالة تكرير مسائل الطلاق التى نص الفقهاء عليها ، استطعنا أن نقرر إبطال التعبير فيها ، لاشتراكهما فى العلة ، إذ إن صاحب التعبير فى كل منهما يحكى كلام غيره . فالدرس أو الطالب يحكى كلام المؤلف أو الشارع ، والممثل يحكى كلام شخص الرواية المجرد .

٣٨٧ — وتنسأل هنا عن العامل الذى حدا بالفقهاء إلى احترام الإرادة الحقيقية

فى حالات التعبير الحكائى ، بالرغم من تصريحهم فى مكان آخر بأن الصريح يُعمل فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا يلتفت فيه إلى نية صاحبه وبصورة خاصة فى التعبيرات التى يسقوى جدها وهزلها ؟ يجيب السكال بن همام عن هذا بقوله : « إن الصريح لا يحتاج إلى النية ، ولكن لابد فى وقوعه قضاء وديانة من قصد إضافة لفظ الطلاق إليها ، علماً بمعناه ، ولم يصرفه إلى ما يحتمل من إفاده فى الفتح ، وحققه فى النهر ، احترازاً عما لو كرر مسائل الطلاق بحضرتها^(١) » .

(١) رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٤٤٢ ، س ٢٥ .

٣٨٨ — أيشترط علم الموجه إليه التعبير بعدم جديده لكي يتسنى إبطاله
أم تكفى نية صاحب التعبير نفسه ؟ وبعبارة أخرى ، هل الضابط في اكتشاف عدم
جدية التعبير هو ضابط ذاتي ، نعول فيه على نية صاحب التعبير نفسه ، أم أنه ضابط
موضوعي تركن فيه إلى استنتاج خلو التعبير من الإرادة من شكل التعبير الخارجي ؟

يبدو أن العمل بالضابط الذاتي هو الذي يتفق مع التعاليل الذي استند إليه
السكال لتسويغ إبطال التعبيرات الحكائية حيث اقتصر المحقق الكبير على اشتراط
قصد إضافة اللفظ إلى المخاطب لإعمال التعبير بصرف النظر عن علم هذا المخاطب بجدية
نية المخاطب^(١) .

المطلب الثاني

التحفظ الذهني

٣٨٩ — التحفظ الذهني هو أن لا يريد الشخص ما أعلن أنه يريد أو أن يضمّر
العائد خلاف ما يظهر ، وذلك بأن يريد من تعبيره معنى مغايراً للمعنى الموضوع له .

والأصل أن يأخذ الفقه الإسلامي صاحب التعبير بالمندلول الموضوعي لتعبيره ،
كما مر معنا عند بحثنا للصريح وللمتمحضات للحال ، التي يتعلق فيها الحكم بعين
الكلام ، وسواء اتجهت إرادة صاحب التعبير إلى هذا الحكم أم لم تتجه . ومن ثم ،
فن الطبيعي أن ينظر الفقه الإسلامي إلى التعبير المقترن بتحفظ ذهني على أنه تعبير
خال من ذلك التحفظ ، معتداً فيه بالإرادة الظاهرة ، ومطاعاً نزعته إلى استقراء

(١) وهذا مأخوذ به القانون الألماني في المادة ١١٨ حيث نص على «أن التعبير عن الإرادة الذي
لا يتفق مع أية نية جديده ، والذي صدر بناء على اعتقاد في أن عيية لن يتجاهل — باطل . »
ونحن إذا مارجعنا إلى الأعمال التحضيرية للقانون الألماني نجدها غاية في القطع بالإكتفاء بإرادة
صاحب التعبير في تحديد مصير نصرفه صحة أو بطلاناً ، ولا دخل لإرادة الطرف الآخر في ذلك .
ويلاحظ أن مشروع التقنين المدني المصري أغفل الكلام عن انعدام الجديده بين الأسباب التي
يترتب عليها بطلان الإرادة .

التعامل والازورار عن مواطن النزاع . على أن هذا الاعتماد يجب أن ينظر إليه من خلال تمييز جوهرى فى الفقه الإسلامى بين الاعتبار القضائى والاعتبار الديانى .

٣٩. — أثر التحفظ الذهنى فى نطاق الحكم القضائى : إن الأصل فى نطاق الحكم القضائى أن يعتمد بالإرادة الظاهرة كما مر ، ذلك لأن الظاهر لا يعدل عنه فى هذا النطاق . فإذا ما تلفظ صاحب التعبير بتعبيره عن قصد إلى التلغظ به علماً بمدلوله وأضافه إلى مخاطب به ، ولم تصرفه قرينة عن معناه ، ترتب عليه أثره ، من غير حاجة إلى نية . وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية وجمهور الزيدية وهو رواية عن أحمد .

فى الطلاق مثلاً إذا تلفظ الرجل به عن قصد ، ولم ينبو به شيئاً غير الطلاق — مما يحتمله اللفظ — وقع الطلاق ديانة وقضاء . وإن ادعى أنه لم ينبو به الطلاق ، إذ لا يصدق فى دعواه .

أما إذا نوى به شيئاً — يحتمله اللفظ — وادعى ذلك ، وقامت قرينة تدل على صدقه ، فإنه يصدق ديانة وقضاء ، مثل : أن تسأله زوجته أن يطلقها من وثاقها^(١) فيُطْلِقُها منه قائلاً لها : أنت طالق . وإن لم تقم قرينة على ذلك ، صدق ديانة ، لا قضاء^(٢)

جاء فى إعلام الموقعين فى هذا الصدد : « فإن قصد ما يجوز له قصده نحو أن يقصد بقوله « أنت طالق » من زوج كان قبلى ... لم يلزمه أحكام هذه الصيغة فيما بينه وبين الله تعالى ، وأما فى الحكم فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضاً ، لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه . وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلاً ، وادعى ذلك دعوى مجردة ، لم تقبل منه^(٣) . »

وينبى على ما تقدم أن التعبير المقترب بالتحفظ الذهنى يعتمد فيه بالإرادة الظاهرة إذا لم توجد قرينة تصرفه عن معناه الظاهر .

(١) الوثاق ما يشد به من قيد أو حبل .

(٢) فرق النكاح للأستاذ على الخفيف ، ص ٩٩ .

(٣) إعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١٠٧ .

٣٩١ — أثر التفظ الذهني في نطاق الحكم الرباني : إن السيادة في نطاق

الحكم الدياني هي للمعصر الداخلي للتصرف ، وهو الإرادة الباطنة ، فعملها يكون التمويل ، وهي المناط في التحليل والتجريم . على أن سيادة الإرادة الباطنة في نطاق الحكم الدياني مشروطة بأن تنجبه هذه الإرادة إلى أحد محتملات اللفظ . كأن تنجبه إرادة المطلق إلى طلاق الزوجة من زوج كان قبله ، أو من وثاق . ففي هاتين الحالتين لا ينتج الطلاق أثره ديانة ويحل للمطلق وطء زوجته . أما إذا انحرفت الإرادة الباطنة عن أحد محتملات اللفظ فعندها تنمدم آثار هذه الإرادة ، وتظل الإرادة الظاهرة مهيمنة قضاء وديانة . كأن تنجبه إرادة المطلق إلى طلاق الزوجة من العمل . ففي هذه الحالة ينتج الطلاق أثره قضاء وديانة ، ولا معتبر بقصد المطلق الذي انحرف عن محتملات مفهوم الطلاق .

ففي رد المختار : « يشترط في وقوع [الطلاق] ديانة قصد اللفظ ، وعدم التأويل الصحيح . أما اشتراط نية الطلاق فلا ، بدليل أنه لو نوى الطلاق عن العمل ، لا يصدق ، ويقع ديانة أيضاً ... مع أنه لم ينبو معنى الطلاق^(١) . »

على أن مقتضيات العدالة قد تدعو أحياناً إلى التسامح في انحراف النية عن محتملات اللفظ كما هو الحال في الأيمان حيث تكون العبارة لنية الحالف إذا كان مغفلوماً . فإذا ما حلف الرجل زوجته على انقضاء عدتها ، فخلفت تعني به انقضاء عدة غيرها وسمها ذلك^(٢) مع أن القاعدة في الأيمان أن « اليمين على نية المستحلف^(٣) » . ومقتضاها كما هو ظاهر منع الحالف من أن يضمّر تأويلاً يختلف عن معنى اللفظ الظاهر .

٣٩٢ — دور الحكم الرباني التطبيقي : إن أعمال الإرادة الباطنة في الأحوال التي

تنجبه فيها إرادة صاحب التعبير إلى أحد محتملات اللفظ يستند إلى معيار ذاتي أوجده

(١) رد المختار ، ج ٢ ، ص ٤٤٢ .

(٢) أبو حنيفة للأستاذ محمد ابن زهرة ، ص ٤٣٠ .

(٣) صحيح مسلم ، ٥ ، ص ٨٧ وشرحه للنووي ، ج ١١٧ ، ص ١١٧ وجاء في مفتاح السكراة للعامل (ج ٥ ، ص ١٨) أنه يجوز للمدين العسر « الإنكار والحلف ، إن خشي الاعتراف ، وبورى وينوى القضاء مع المسكنة » .

المشروع في نطاق الحكم الدياني للتخفيف من حدة المعيار الموضوعي المستند إلى الظاهر في نطاق الحكم القضائي . وإلى هذا الدور أشار السكّال بن همام حيث يقول : « أما قصد الصريح مع صرفه بالنية إلى محتملة ، فله ذلك ديانة ، كقصد الطلاق من وثاق في قوله : هي طالق ، فهي زوجته ديانة لاحتمال اللفظ ، لا قضاء ، لأنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه » ^(١) .

وقد أشار ابن القيم إلى هذا العامل التلطيقي في الحكم الدياني بقوله : « فإن قصد ما يجوز له قصده نحو أن يقصد بقوله : « أنت طالق » من زوج كان قبلي أو يقصد بقوله « أمي أو عبيد حر » أنه عفيف عن الفاحشة ، أو يقصد بقوله « امرأتى عندي مثل أمي » في الكرامة والمنزلة ونحو ذلك لم يلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى ^(٢) » :

٣٩٣ — أثر علم الموجه إليه التعبير بالتحفظ المقترن به : ونسأل هنا عن مصير التعبير المقترن بالتحفظ الذهني إذا كان هذا التحفظ معلوماً من المخاطب بالتعبير أيا ظل هذا التعبير صحيحاً عملاً بالإرادة الظاهرة أم أن علم المخاطب بالتحفظ يؤدي به عملاً بالإرادة الباطنة ؟ .

لم نجد فيما اطلعنا عليه من الفروع مثلاً لتحفظ ذهني اتصل به علم الموجه إليه التعبير ، ولـكننا نميل إلى تقرير إبطال التصرف المقترن بالتحفظ ، إذا كان هذا التحفظ معلوماً من الموجه إليه التعبير ذلك لأن الكاساني علل العمل بالإرادة الظاهرة في حالة تعبير الظاهر المقرون بالتحفظ باستفاده إلى تعريف الصريح الذي عرفه بأنه ما كان « ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع ، بحيث يسبق إلى أفهام السامعين ^(٣) » .

ونحن نستند إلى هذا التعريف نفسه لإبطال التعبير المقترن بالتحفظ إذا كان الآخر عالماً به ، ذلك لأن الحكم في التعبير الصريح يتعلق بعين الكلام كما مر ، وهذا يتعلق بشروط كما يفيد تعريف الكاساني للصريح بظهور معنى التعبير وانكشافه لدى السامع . ولما كان إعلام السامع بالتحفظ الذهني الذي سيقترن به التعبير —

(١) التقرير والتعبير لابن همام ج ٢ ، ص ٣٨ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٠٧ .

والذى يفاير مدلول التعبير الصريح الذى يتبادر عادة إلى ذهن السامع — ينفى عنه صفة الصراحة كانت النتيجة أن لا يتعلق الحكم بهذا التعبير وبطلانه تبعاً لذلك .
 وفيما عدا ذلك فإن علم المخاطب بالتعبير بالتحفظ هو قرينة تصرفه عن معناه وتدخل فى إبطاله عملاً بالقاعدة العامة فى التعبير الصريح التى تقضى بإهداره فى كل حالة تصاحبه فيها قرينة تصرفه عن معناه كما مر .

٣٩٤ — ونورد فيما يلى النصوص الفقهية التى تعرضت للتحفظ الذهنى فى بعض التصرفات غير القابلة للفسخ كالخلع والطلاق والظهار والعقاق .

الخلع : جاء فى جامع الفصولين : « أرادت الخلع ، فقال قوم لها : « اشترت نفسك بجميع الحقوق التى لك عليه » فقالت : « اشترت » ، فقال الزوج : « بت » وفى ضميره بيع متاع . فإنها تطلق قضاء ، إذ قوله بت جواب كلامهم ، والجواب يتضمن إعادة مافى السؤال . . . وهذا كله فى الحسب . أما فى الديانة فالقول له . . . إلا إذا كان اللفظ لا يحتمل ما نوى ^(١) . »

الطلاق : جاء فى البدائع : « كما لو قال لامرأته « طلقك » ونوى به الإخبار كذباً لا يصدق فى القضاء ، ويصدق به فيما بينه وبين الله عز وجل . لأنه نوى ما يحتمله كلامه ، لأنه يحتمل الإخبار ، وإن كان إرادته الخبر خلاف الظاهر . ولو قال عنيت به أنه كان خيراً ؛ فإن كان مؤكداً لا يصدق أصلاً ، لأنه كذب محض . وإن كان إنشاء لا يصدق قضاء ، لأن الظاهر إرادة الإنشاء من هذه الألفاظ ، فلا يصدق فى العدول عن الظاهر ، ويصدق ديانة ، لأن اللفظ يحتمل الإخبار عن الماضى ^(٢) » وفى البدائع أيضاً : « كما إذا قال لامرأته : « أنت طالق » ، ونوى به الطلاق عن الوثائق أو الطلاق عن العمل إنه لا ينصرف إليه ، ويقع الطلاق لما قلنا كذا هذا . ولو قال : أردت به الإخبار عما مضى كذباً لا يصدق فى القضاء ، لأنه خلاف الظاهر ، لأن هذا اللفظ فى الشرع جمل إنشاء ، فلا يصدق فى إرادة الإخبار

(١) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢١٠ ، س ١٩ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص ٤٦ .

عنه ، كقوله « أنت طالق » إذا أراد به الإخبار عن الماضي كاذباً . ولا يسع المرأة أن تصدق ، كما لا يسع القاضي . لأن القاضي إنما لا يصدقه ، لادعائه خلاف الظاهر . وهذا موجود في حق المرأة ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه » (١) .

الظهار : جاء في البدائع : « لو قال لامرأته : « أنت عليّ كظهر أمي » كان مظاهراً ، سواء نوى الظهار أو لا نية له أصلاً ، لأن هذا صريح في الظهار ، إذ هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع بحيث يسبق إلى إفهام السامعين ، فكان صريحاً ، لا يفتقر إلى النية كصريح الطلاق في قوله : أنت طالق .

وكذا إذا نوى به السكرامة ، أو المنزلة ، أو الطلاق ، أو تحريم الميمن ، لا يكون إلا ظهاراً ، لأن هذا اللفظ صريح في الظهار . فإذا نوى به غيره ، فقد أراد صرف اللفظ عما وضع له إلى غيره ، فلا ينصرف إليه (٢) » .

العقار : جاء في البدائع : « ولو قال في شيء من هذه الألفاظ من قوله : « أعتقتك أو نحوه » عنت به الخبر كذباً ، لا يصدق في القضاء لعدوله عن الظاهر ، لأنه يستعمل في إنشاء العتق في عرف اللغة والشرع كما يستعمل في الإخبار . فإن العرب قبل ورود الشرع كانوا يمتقون عبيدهم بهذه الصيغة ، وفي الحمل على الخبر حمل على الكذب ، وظاهر حال العاقل بخلافه ، فلا يصدق في القضاء . . . وكذا إذا قال « أنت مولاي » وقال : عنت به الموالاة في الدين لا يصدق في القضاء ؛ لأنه خلاف الظاهر ، إذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهراً ، ويصدق ديانة ، لأن اللفظ يحتمل ما نوى (٣) . » (٤)

(١) المرجع السابق ج ٣ ، ص ٢٣١ .

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ٢٣١ ، ص ١١ .

(٣) المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٤٦ ، ص ٢٣ .

(٤) يلاحظ هنا أن الأمثلة التي سقناها لبيان التحفظ الذهني في الفقه الاسلامي يشترط فيها أن تكون مقرونة بخداع المخاطب (ف) لكي تطابق مفهوم التحفظ الذهني في القانون الوضعي . وقد أشارت المذكرة الايضاحية للمادة ١٢٨ من المشروع التمهيدى من ق . م . م . أن القضاء قدجابه فروعاً نادرة من هذا النوع .

٢٩٥ - - التحفظ الذهني في القانون المدني السوري : نصت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى (أصل القانون السورى) على أن « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلا لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلا إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهنى .
وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى :

١ - يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهنى ، وهى تثير من فورها أمر البحث فى المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ، ومذهب الإرادة الظاهرة . فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيهما يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرماني ، مؤثراً الإرادة الظاهرة . وليس شك فى أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار فى نطاق الروابط القانونية ، وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلاً عن ذلك ، سنداً قوياً فى الشريعة الإسلامية ، إذ هى تعتمد اعتداداً يبنياً بالإرادة الظاهرة ، متأثرة بذلك بنزعة مادية واضحة .

٢ - فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهنى المتعلق بهذا التعبير ، فلا عمل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية ، إذ لم يمدف الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات ... ولما نليت المادة ١٢٨ فى لجنة المراجعة اقترح حذفها ؛ لأن فيها إيماناً فى الدقة لا حاجة لنا به ^(١) .

وعلى ضوء ما تقدم فى بحثنا للتحفظ الذهنى فى الفقه الإسلامى نقرر أن المذكرة الإيضاحية كانت على حق حين صرحت أن للتحفظ الذهنى سنداً قوياً فى الشريعة الإسلامية . ذلك لأن مؤسسة التعبير الصريح فى الفقه الإسلامى تسمح ، كما رأينا بتطبيق أحكام المادة ١٢٨ التى سبقت الإشارة إليها ، لما تتضمنه من منع للمعاقد أن تنصرف نيته إلى غير فحواه ، وهو ما يقتضيه إعمال الإرادة الظاهرة فى التحفظ الذهنى . جاء فى الفروق للقرافى « كل كلام له حكم فى نفسه ، لا يصح أن يضم به غيره ، كالطلاق . فإنه لو أضمر به غيره لم يصح ، ولم يكن يخرج عن الطلاق ... كل ما هو صريح فى باب لا ينصرف إلى غيره ^(٢) » .

(١) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ٢٩ - ٣٠ .

(٢) الفروق للقرافى ، ج ١ ، ص ٣٦ .

المطلب الثالث

الصورية

§ ١ — معلومات أولية

٣٩٦ — الصورية هي تواطؤ طرفي التصرف القانوني على كتمان إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب للأرب ما يخفيانه عن الغير . فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين : أحدهما ظاهر ، ولكنه كاذب يوهم الغير أنه هو الحقيقة . والآخر صادق ولكنه خفي عن الغير ، ومن هنا وجد التصرف الظاهر ، وهو التصرف الصوري ، ووجد التصرف المستتر ، وهو التصرف الحقيقي^(١) . هذا وتختلف الصورية عن التحفظ الذهني في أن هذا الأخير هو خداع الشخص الذي وجه إليه التعبير ، بينما الصورية يتفق عليها مع الطرف الآخر من أجل خداع الغير .

٣٩٧ — وتنقسم الصورية إلى صورية مشروعة وصورية غير مشروعة فتكون مشروعة إذا كان الغرض منها شريعياً كن يتفق على آخر يلوذ به على أن يبيعه بيماً صورياً ما يسمح له بتأمين النصاب المالى الذى يؤهله لترشيح نفسه لمنصب معين والغالب أن تكون الصورية غير مشروعة يرى فيها العاقدان إلى التحايل على الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الغش أو الإضرار بحقوق الغير أو الخيانة العامة كما لو باع المدين المعسر ماله بيماً صورياً إلى بعض أخصائه أو أقاربه الذين يثق بهم لتهربهما من وجه الدائنين ، حتى إذا ما أعلن إفلاسه واستولى الدائنون على ما يمكن الاستيلاء عليه ، عادت تلك الأموال المهربة تحت ستار صورى إلى ذمة صاحبها سالمة أو كأن يتفق البائع والمشتري على أن يذكر في عقد بيع العقار ثمناً صورياً يقل عن الثمن الحقيقي هرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة ، أو كأن يحرم القانون على المدين أن يدخل في مزاد بيع عقاره الذى تقرر نزع ملكيته ، حرصاً على حرية المزاد ، وضماناً لحقوق الدائنين ، فيلجأ إلى اسم مستعار ، ليتزايد باسمه ، حتى يرسو المزاد عليه .

٣٩٨ — وتنقسم الصورية إلى صورية مطلقة ، وصورية نسبية . فتكون مطلقة

(١) الصورية في التشريع المصرى للدكتور أحمد مرزوق ، ف ٥٧ ، ص ٨٣ .

إذا وقعت على العقد برمته ، ويكون العقد في هذه الحالة وهماً لا وجود له في عالم القانون . وتكون الصورية نسبية (١) إذا كان المتعاقدان قد قصدا بالعقد الظاهر عقداً آخر يستترانه عن الغير ، فهما في هذه الحالة يتعاقدان في الواقع ، ولكنهما يبرزان عقدهما في صورة مغايرة لصورة العقد الذي يريدانه حقيقة ، (ب) أو أن يكون العقد صحيحاً في صورته وحقيقته ، غير أن أحد المتعاقدين ليس هو العاقد الحقيقي ، بل هو عاقد مستعار استعير اسمه بدل آخر يريد أن يقواري عن ساحة العقد ، (ح) وتكون الصورية نسبية أيضاً إذا كتم من العقد جانب من جوانبه : كتنقص الثمن ، أو شرط من شروطه ، أو تاريخه ، كأن يؤخر تاريخ العقد : كما إذا اتفق المتعاقدان الصوريان على تأخير تصرف القاصر إلى ما بعد بلوغه سن الرشد أو كأن يقدم تاريخ العقد : كما إذا قدم المريض مرض الموت تاريخ تصرفه حتى لا يقع هذا التاريخ في مرض الموت ، أو يجعل تاريخ تصرف المحجور عليه سابقاً على تاريخ حججه (١) .

٣٩٩ - والصورية قد تكون في العقود ، وقد تكون في التصرفات الصادرة من جانب واحد بشرط أن تكون موجهة لشخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ، ولا يتصور اتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً وعلى ذلك فقد يكون النزول عن حق ارتفاق أو حق رهن أو إفراز بدين أو إبراء من دين كل ذلك قد يكون صورياً (٢) .

§ ٢ - تنظيم الصورية في التقنين المدني السوري

٤٠٠ - إن الحلول التي تلجأ إليها التشريعات عادة لمجابهة الصورية لا تخرج عن أحد الحلول الثلاثة الآتية :

٤٠١ - الحل الأول : وهو موضوع النزعة ، ينتصر لعامل استقرار التعامل انتصاراً مطلقاً فيقضي بسريان العقد الظاهر في حق المتعاقدين والغير على السواء دون العقد الحقيقي . ويؤخذ على هذا الحل إغراقه في المادية ، وتجاهله لمصالح الطرفين التي حدث

(١) المرجع السابق ف ٧١ ، ص ١٠٢ وانظر أيضاً الصورية في الحقوق المدنية السورية للدكتور مأمون الكزبري ، ص ٣٥

(٢) مرزوق ، ف ٧٢ ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .

بهما إلى إخفاء تعاقدتهما . وفيما عدا ذلك فإن هذا الحل ينطوي على افتئات على مبدأ حرية التعاقد من جهة ، ومبدأ حسن النية الذي هو روح الاتفاقات من جهة أخرى ولعل هذه المآخذ هي التي حدث بالتشريعات — حتى من اعتمد منها بالإرادة الظاهرة — إلى نبذ هذا الحل ^(١) .

٤٠٢ — الحل الثاني : وهو ذاتي النزعة ينتصر لمبدأ سلطان الإرادة انتصاراً مطلقاً

فيجمل العقد الحقيقي هو الذي يسرى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير على السواء وقد أخذ بهذا الحل كل من القانون الروماني قديماً والقانون الألماني حديثاً ^(٢) .

ويلاحظ أن هذا الحل تحكمه الصناعة الفقهية والمنطق الذي يقضى بالتسوية بين أطراف التصرف والغير في مواجهة العقد الصوري على أن السير مع هذا المنطق إذا أفضى إلى الإضرار بمصالح الغير الذين غرر بهم العقد الصوري في نطاق نظرية التصرف القانوني فما على هؤلاء إلا الرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية ليدرءوا بها ما لحقهم من ضرر .

(١) وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستثنائية أن تجعل العقد الظاهر هو الذي يسرى في العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التي تقضى بأنه لا يستطيع شخص أن يتمسك بالغش الصادر منه ، ولكن هذا الرأي لم يسد ، ذلك لأن المتواطئين لا يغش أحدهما الآخر في الصورية حتى يعتنع عليه التمسك بغشه قبله بل كلاهما مشترك في هذا الغش . (الصورية ، مرزوق ، هامش ص ١٠٦ — ١٠٧) .

(٢) ويلاحظ أن قيام تنظيم الصورية في القانون الألماني على أساس ذاتي كما مر يلقى الشك إلى حد كبير حول ما استقر في الأذهان من أن التنظيم الألماني للتصرف القانوني قائم على أساس النظرية المادية في التعبير . ويرى الدكتور وليام قلادة « أن لاجال للتردد وأنه يجب أن تتغير النظرية المنسوبة للقانون الألماني ، وأن تفسر مواده طبقاً لمضمونها الحقيقي بدلاً من البدء بنظريات سابقة ، وتوجيه الأحكام الوضعية دون سند كاف كي تؤيد تلك النظريات (التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، هامش رقم ٣ ، ص ٢٠٠) . » ويقول في مكان آخر : « أغلب الكتاب معتادون على القول بأن المجموعة المدنية الألمانية أقرت النظرية المادية في التعبير والفقه اللاتيني في مجموعة يردد في ذلك رأى رائد هذه النظرية في فرنسا ريمون سالي فطبقاً لهذا الفقيه « الإرادة لاسطنان لها في جوهرها وحقيقتها النفسية ؟ هي ليست كذلك أي ليست ذات سلطان إلا في إعلانها الخارجي وعن طريقة » أي التعبير ... ويستند القانون الألماني في مجموعة على هذه النظريات ... وفي كل مكان منه ، استبدل بالإرادة الداخلية التعبير عنها . وحيث كان الحديث فيما مضى عن الإرادة ، أصبح موضوع البحث الآن التعبير وحيث كان البحث يتجه إلى « ماأريد » ، يبحث الآن عما عبر عنه (سالي ، والتعبير ، ١٣٣ ف ٥٩) . »

٤٠٣ - الحل الثالث : وهو يعول على التوفيق بين عامل احترام الإرادة وعامل

الاستقرار وقد آثره المشرع السوري ومعظم التشريعات الحديثة وهذا الحل الوسط ولو أنه غير منطقي إلا أنه حل عملي وفقت به هذه التشريعات بين مصلحة المتعاقدين ومصلحة الغير فنصت المادة ٢٤٦ من القانون المدني السوري (٢٤٥ مدني مصري) على أنه: «إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي» ونصت المادة ٢٤٥ (٢٤٤ مدني مصري) على أنه: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم. وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين» (١).

ويستفاد من المادة ٢٤٥ الأخيرة أن المشرع السوري قد نظر إلى نظام الصورية بعين السخط وعدم الاطمئنان، بوصفه عنواناً للغش ورمزاً للخيانة، فوضع في هذه المادة عقوبة مدنية للمخاتلين أياً كان الغرض من الصورية مشروعا كان - وهو النادر - أو غير مشروع - وهو الغالب - حماية للغير حسن النية واستقراراً للتعامل. وقضى بعدم الاحتجاج على الغير بورقة الضد، ومن ثم فإن الخاتلين يترديان في الهاوية التي حفراها للغير فيؤخذان بفشهما ولا يستفيدان به في علاقتهما مع الغير (٢).

ويلاحظ أن التنظيم السوري في مجموعه لا يبنى صرف - وهو في جوهره يتناقى مع منطق نظرية الإرادة الذي التزمه التنظيم الألماني فقضى ببطالان العقد

== واقد كان لعرض النصوص الألمانية على هذا النحو دوى هائل، بحيث أن المجموعة الألمانية لم تتقدم إلى العالم القانوني إلا مرتبطة بهذا التفسير. وكل إشارة إليها كانت تعني ربطها بنقطة البداية هذه النظرية المادية. ولقد كان من أهداف ما كتبناه... رفض هذه الفكرة ونقضها وإظهار خطئها (قلادة، ف ٨١، ص ٢٢٩).

(١) ويلاحظ أن المشرع قد أورد هاتين المادتين في الشق الخاص بآثار الالتزام بالنسبة للمدين ولقد كان الأولى إيرادها في الشق الخاص بأحكام العقد بالنسبة للغير لما أن المبدأ المقرر فيهما يعتبر تطبيقاً خاصاً للمبدأ الذي يقضى بأن الاتفاقات لا يترتب عليها أثر بالنسبة للغير.

(٢) الصورية للدكتور أحمد مرزوق، ف ٩٤، ص ٩٢٨.

الصوري — ذلك لأن نظرية الإرادة لا تعنى قط إلا بالمصدر الذى يدور معه الأثر وجوداً وعدمًا « أما أن يبقى هذا الأثر رغم تخلف المصدر . فإن التنظيم يكون نفعياً . » والواقع أنه حين يحل عدم السريان محل البطلان ، فإننا نكون أمام تطبيق للنظرية المادية فى التصرف القانونى ، تلك النظرية التى لا تعنى إلا آثار التصرف فى الجماعة^(١) »

§ ٣ — الصورية فى الفقه الإسلامى^(٢)

٤٠٤ — بعد أن عرفنا ماهى الصورية وما هو جزاؤها فى التشريع الوضعى نشرع فى بيان حكمها فى الفقه الإسلامى فتكلم عن الصورية فى نطاق الإنشاء : وهو إحداث حكم شرعى ، والإقرار : وهو بيان الواقع .

(١) الصورية فى الإنشاءات

أولاً : الصورية فى التصرفات غير القابلة للفسخ

٤٠٥ — نستعرض فيما يلى (١) أنواع هذه التصرفات . (٢) مسوغات الاعتداد فيها بالإرادة الظاهرة . (٣) تقديرنا لها . (٤) الرأى القائل بوجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة .

٤٠٦ — (١) أنواعها : تقسم التصرفات غير القابلة للفسخ إلى تصرفات لآمال فيها ، وتصرفات يكون المال فيها تبعاً ، وتصرفات يكون المال فيها مقصوداً .

أما الأولى فهى الطلاق ، والعتاق ، والعفو عن القصاص ، واليمين ، والنذر . وصورة المواضعة فى الطلاق والعتاق أن يقع التواضع بين الزوج والمرأة ، وبين المولى والعبد ، بأن يطلقها أو يمتقه علانية ولا يكون وقوع الطلاق والعتاق مرادها . وهكذا العفو عن القصاص . وصورة اليمين أن يتواضع مع امرأته أو عبده بأن يعلق طلاقها أو عتقه بدخول الدار ، ويكون بذلك هازلاً وهكذا فى النذر^(٢) .

(١) التعبير عن الإرادة للدكتور وليم فلادة ، ف ٨٧ ، ٢٤١ .

(*) يمرض الفقهاء عادة لدراسة الصورية فى كتب أصول الفقه تحت عنوان « الهزل » ويعتبرونها صورة من صور عوارض الأهلية — مع ما فى هذا الاعتبار من بعد عن الدقة — وهم لا يقتصرون فى بحثها على العقود بل يتناولون أيضاً التصرف القانونى بوجه عام ، ويتجاوزونه إلى لوائح المادية والاعتقادات .

(٢) مرآة الاصول ، ص ٣٥٢ .

أما التصرفات التي يكون فيها المال تبعاً فهي كالنكاح ، وصورته أن يتواضعا عن أن يتناكحا ولا يكون بينهما نكاح ، فالمقد لازم ويجب مهر المثل .

أما التصرفات التي يكون المال فيها مقصوداً حتى لا تثبت بدون الذكر فهي كالخلع ، والطلاق على مال ، والعقاق عليه ، والصلح عن دم الممد . وصورة الخلع أن يقول الزوجان : نخالعه ولم يكن بيننا خلع .

٤٠٧ - (٢) نظرية الإرادة الظاهرة : يمتد الرأي السائد في الفقه الإسلامي في هذه التصرفات جميعاً بالإرادة الظاهرة عندما تصدر على سبيل الهزل^(١) . ويستند في تصحيحه لها رغم خلوها من الإرادة الجدية إلى أدلة عقلية ، واعتبارات فنية ، واعتبارات مصلحية ...

٤٠٨ - أما الريل النقلي : فهو الحديث الشريف : « ثلاثة جدهن جد ، وهزلن جد : النكاح والطلاق والعقاق » . وفي بعض الروايات واليمين . والنذر ملحق باليمين ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « النذر يمين وكفارته كفارة اليمين » . والمعفو عن القصاص ملحق بالطلاق ، لأن كل واحد منهما إسقاط بنى على السرية والازم

جاء في البدائع : « وعن أبي الدرداء رضي الله عنه عن رسول الله أنه قال « من لعب بطلاق أو عقاق لزمه » وقيل فيه نزل قوله سبحانه وتعالى : « لا تتخذوا آيات الله هزوا » . وكان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ، ثم يرجع ، فيقول كنت لاعباً ، ويعتق عبده ، ثم يرجع ، فيقول كنت لاعباً ؛ فنزلت الآية . فقال : صلى الله عليه وسلم « من طلق ، أو حرر ، أو نكح ، فقال : إني كنت لاعباً ، فهو جائز منه^(٢) » .

(١) يبدو أن الفقه والقضاء قد استقرا في فرنسا أيضاً على عدم صحة الطعن في الزواج بالصورية على أن الزواج الصوري إذا كان الغرض منه التجايل على القانون وعلى الأحكام الأمرة المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، فإنه يجوز الطعن به ، ولكن لا ليحكم بطلانه ، بل ببطلان ما يترتب عليه من تصرفات مخالفة للقانون (راجع نظرية الصورية في التشريع المصري للدكتور أحمد مرزوق ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ف ٣٢٨ ، ص ٤٦٧) .

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٠ .

٤٠٩ - الاعتبارات الفنية : وهي : جملة أثار التصرفات في الفقه الإسلامي-

صعوبة إثبات الإرادة الباطنة . قياس صورية النكاح على شريطة رفع موجهه .
ونستعرض فيما يلي هذه الاعتبارات :

٤١٠ - تستند جملة الآثار في الفقه الإسلامي إلى تمييز جوهرى بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ومؤداها أن ترتيب الآثار هو من صنع الشارع وحده وأن دور العاقد مقصور على إرادة التعبير^(١) .

وما دامت الآثار هي من صنع الشارع ، فلا غرابة إذا رأينا الفقه الإسلامي يرتب على التصرفات آفة الذكر آثارها ، وإن كانت غير مقصودة من صاحب التعبير الهازل ، ما دامت إرادة هذا الأخير تنحصر في صياغة العقد فحسب .

جاء في إعلام الموقعين : « فأما طلاق الهازل ، فيقع عند الجمهور ، وكذلك نكاحه صحيح ، كما صرح به النص . . . والفقه فيه ، أن الهازل أتى بالقول غير ملزم لحكمه ، وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع ، لا للعاقد فإذا أتى بالسبب لزم حكمه ، شاء أم أبى ؛ لأن ذلك لا يقف على اختياره . وذلك لأن الهازل قاصد للقول ، يريد له ، مع علمه بعمناه وموجهه . وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى ، لتلازمهما . إلا أن يمارضه قصد آخر كالسكره والتخادع المحال - فإنهما قصدا شيئاً آخر ، غير معنى القول وموجهه . ألا ترى أن السكره قصد رفع العذاب عن نفسه ، ولم يقصد السبب ابتداء ، والحلل قصد إعادتها إلى المطلق ، وذلك مناف لقصده موجب السبب - وأما الهازل فقصد السبب ولم يقصد حكمه ، ولا ما ينافى حكمه ، فترتب عليه أثره^(٢) » .

ويقول أيضاً : « ومثل هذا لا يجوز الهزل به ، فإذا تكلم به رتب الشارع عليه حكمه ، وإن لم يقصده بحكم ولاية الشارع على العبد . المكلف قصد السبب ، والشارع قصد الحكم ، فممارا مقصودين كليهما^(٣) » .

(١) لهذه النظرية نتائج خطيرة سنقف عندها فيما بعد .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٠٩ - ١١٠ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١١ .

وفي مرآة الأصول في هذا المني : « فلأن الهزل لا يمنع انعقاد السبب ، لأن الهازل راضٍ به ، وعند انعقاد هذه الأسباب يوجد حكمها ضرورة عدم التراخي والرد في حكمها حتى لا يحتمل خيار الشرط ، بخلاف البيع ونحوه^(١) » .

٤١١ — صعوبة إثبات الإرادة الباطنة : يشير ابن القيم إلى ما لصعوبة إثبات إرادة الهازل من دور في تصحيح عقوده بقوله : « وأيضاً ، فالهزل أمر باطن ، لا يعرف إلا من جهة الهازل ، فلا يقبل قوله في إبطال حق الماقد الآخر^(٢) » .

٤١٢ — قياس صورية النكاح على شريطة رفع موجب : جاء في إعلام الموقعين : « إن المشهور عندنا أنه لو شرط في العقد رفع موجب ، مثل أن يشترط أن لا يطلأها أو أنها لا تحل له ، أو أنه لا ينفق عليها ، ونحو ذلك ، صح العقد دون الشرط ، فلا اتفاق على التلخيص حقيقة أنهما اتفقا على أن يعقدا عقداً لا يقتضي موجب ، وهذا لا يبطله^(٣) » .

٤١٣ — الاعتبارات المصلحية : يستند تصحيح الشارع للتصرفات التي لا تحتمل النقص المقرونة بالهزل ، إلى اعتبارات تتصل بعلاقة بمض هذه التصرفات بالنظام العام الإسلامي من جهة ، وبتشوف الشارع إلى تشجيع بعضها الآخر من جهة أخرى^(٤) . أما صلة بمض هذه التصرفات بالنظام العام فتبدو في كونها من حقوق الله تعالى ، وتأكيداً أمر الأبدان وقربها من معنى المباداة .

وقد أبان ابن القيم في إعلام الموقعين عن الأمرين الأول والثاني بقوله : « وأما من جهة المعنى ، فإن النكاح والطلاق والرجعة والعنق فيها حق الله تعالى : أما المتفق فظاهر ؛ وأما الطلاق فإنه يوجب تحريم البضع ، ولهذا تجب إقامة الشهادة فيه ، وإن لم تطلبها الزوجه ؛ وكذلك في النكاح ، فإنه يفيد حل ما كان حراماً ، وحرمة ما كان حلالاً ، وهو التحريم الثابت بالمصاهرة ، ولهذا لا يستباح إلا بالمهر .

(١) مرآة الأصول ، المرجع السابق .

(٢) إعلام الموقعين ، المرجع السابق .

(٣) إعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٨١ .

(٤) تشوفت إلى الشيء : أى تطلعت . ورأيت نساء يشوفن من السطوح أى ينظرن ويتناولن .

وتشوفت للخطاب أى طمعت . (لسان العرب ، ج ١١ ، ص ٨٧) .

وإذا كان كذلك ، لم يكن للمبدع مع تماطى السبب الموجب لهذه الأحكام ، أن لا يرتب عليها موجباتها ، كما ليس له ذلك في كلمات الكفر إذا هزل بها ، كما صرح به القرآن . فإن الكلام المتضمن لحق الله لا يمكن قوله مع رفع ذلك الحق ، إذ ليس للمبدع أن يهزل مع ربه ، ولا يستهزئ بآياته ، ولا يتلاعب بمحدوده . وفي حديث أبي موسى : « ما بال أقوام يلعبون بمحدود الله ، ويستهزئون بآياته » . وذلك في الهازلين ، بمعنى ، والله أعلم ، يقولونها لعباً ، غير ملتزمين لأحكامها ، وحكهما لازم لهم . وهذا بخلاف البيع وبابه . فإنه تصرف في المال الذي هو محض حق الآدمي . ولهذا يملك بذله بعموض ، وغير عوض . والإنسان قد يلعب مع الإنسان ، وينبسط معه ، فإذا تكلم على هذا الوجه ، لم يلزمه حكم الجاد ، لأن المزاح معه جائز . وحاصل الأمر أن اللعب ، والهزل ، والمزاح في حقوق الله تعالى غير جائز ، فيكون جد القول وهزله سواء ، بخلاف جانب العباد^(١) .

وأبان ابن القيم عن قرب النكاح من معنى العبادة بقوله : « إن عقد النكاح يشبه العبادات في نفسه ، بل هو مقدم على نفلها . ولهذا يستحب عقده في المساجد ، ونهى عن البيع فيها . ومن يشترط له لفظاً بالعربية ، راعى فيه ذلك ، إلحاقاً له بالأذكار المشروعة . ومثل هذا لا يجوز الهزل به ، فإذا تكلم به رتب الشارع عليه حكمه ، وإن لم يقصده ، بحكم ولاية الشارع على المبدع^(٢) » .

وأبان الرملي عن تشوف الشارع للعتق إذ يقول : « ولو خاطبها بطلاق هازلاً أو لاعباً — بأن قصد اللفظ دون المعنى — وقع ظاهراً وباطناً ، للإجماع ، وللخير الصحيح : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، الطلاق والنكاح والرجعة » . وخصت لتأكيد أمر الإبضاع ؛ وإلّا فكل التصرفات كذلك . وفي رواية والعتق ، وخصي لتشوف الشارع إليه^(٣) » .

٤١٤ (٣) — تقرير نظرية الإرادة الظاهرة : انتهينا مما سبق إلى أن الفقه الإسلامي يأخذ في التصرفات غير القابلة للفسخ بالإرادة الظاهرة ، عند ما ينفصم الاتفاق بينها

(١) المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ١١٠ — ١١١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) نهاية المحتاج للرملي ، ج ٦ ، ص ٨٢ ، ص ١٥ .

وبين الإرادة الباطنة . وتتساءل الآن عن مدى سيادة هذا العنصر في هذا النوع من التصرفات ، أهو مطلق ، أم أن ثمة عناصر أخرى تحد من سيادته ، وتلطف من غلوائه ؟

تبدو خطورة هذا التساؤل ، بصورة خاصة ، إذا لاحظنا الأمرين الآتيين :

(١) إن هذه التصرفات بندرج بينها النكاح والطلاق ، وهما تصرفان على جانب كبير من الخطورة في تنظيم الأسرة التي يجب ألا يترك القامها وانفصامها لمحض هزل عابر .

(٢) إن الاعتداد بالإرادة الظاهرة في التصرفات الصورية غير القابلة للفسخ لا يقتصر على مجال الحكم القضائي ، على غرار اعتداد الشرع بالإرادة الظاهرة في حالات التحفظ الذهني بل يمتداه إلى نطاق الحكم الدياني حيث يعول فيه أيضاً في الصورية على الإرادة الظاهرة دون أن يلتفت إلى الإرادة الباطنة . وبعبارة أخرى ، إن تعبير الطلاق المقرون بالتحفظ الذهني إذا أفضى إلى تحريم الزوجة قضاء ، فهي ما تزال زوجته ديانة ، يحل له وطؤها ؛ خلافاً لتعبير الطلاق المقرون بالهزل ، الذي يؤول إلى تحريم الزوجة قضاء وديانة .

الواقع إن نشاط العنصر المادي في التصرفين آنفي الذكر يقترن بلطافات داخلية ، وخارجية تحد الكثير من غلوائه .

أما اللطف الخارجي فنجد في اشتراط حضور الشاهدين وسماعهما وفهمهما . وهذه القيود التي تثقل عقد النكاح لدى مذاهب أهل السنة ، وتثقل الطلاق لدى أهل الشيعة الإمامية ، تخفف في رأينا إلى حد كبير من مساوئ التكوين الطارئ لهذين التصرفين إذا تما هزلا .

أما اللطف الداخلي فنجد في القيود التي يفرضها الفقه الإسلامي على عقد النكاح ، والتي تبدو في اشتراط الرأي السائد للفظية في صيغته ، واشتراط البعض خصوص الصيغة فيه ، وتحتيم البعض الآخر صدوره باللغة العربية . إن هذه القيود التي يفرضها الفقه الإسلامي على الداخل في باب الحل تخفف إلى حد كبير من التسهيلات التي يقدمها هذا الفقه إلى الداخل فيه عن طريق الهزل ، ونجد هذا اللطف بصورة

خاصة لدى الشيعة في اشتراطهم صدور الطلاق باللغة العربية وبلفظ مشتق من الطلاق^(١) .

يتضح لنا مما تقدم أن الشارع الإسلامي إذا خرج عن خطته في إنقال القيود على الداخل إلى باب الحل ، عند ما صحح نكاح الهازل . فهو قد اطمأن في نفس الوقت إلى القيود العديدة الأخرى التي تكبح من مجاز هذا التصحيح ، وتضعه عند حده المعقول . أما التصرفات الأخرى غير القابلة للفسخ كالعتاق ، والمفو عن القصاص ، والنذر ، والرجعة ، والصلح . فلا خطر فيها من سيادة العنصر المادي عندما تصدر على سبيل الهزل ، ذلك لأنها جميعاً من التصرفات التي حببها الشارع للأفراد ، وتشوف إليها فكان لذلك ، في اعتداده بها عندما تصدر هزلاً ، غير خارج عن خطته في تيسير أسبابها .

٤١٥ (٤) — نظرية الإرادة الحقيقية: ذهبت قلة من الفقهاء في مذاهب مالك وابن حنبل والشافعي إلى ضرورة الاعتداد بالإرادة الباطنة في التصرفات غير القابلة للفسخ . ولعله لم يرق لأصحاب هذه المحاولة ما يرافق الإیمان في الاعتداد بالإرادة الظاهرة من محاذير فدعوا إلى نبذه وقياس هذه التصرفات على التصرفات القابلة للفسخ ، مستجيبين في ذلك إلى مبدأ الرضائية وما يقتضيه من إثارة للإرادة الحقيقية .

وقد ذهب بعض الحنابلة إلى تعليل هذه المحاولة بقوله : « ويخرج في نكاح التاجئة أنه باطل ، لأن الاتفاق الموجود قبل العقد بمنزلة الشروط في العقد في أظهر الطريقين لأصحابنا ، ولو شرطاً في العقد أنه نكاح تلجئة ، لا حقيقة لكان نكاحاً باطلاً ، وإن قيل إن فيه خلافاً ، فإن أسوأ الأحوال أن يكون كما لو شرطاً أنها لا تحل له . وهذا الشرط يفسد العقد على الخلاف المشهور^(٢) » .

ويلاحظ أن أغلب المحاولات التي قامت في هذا الصدد قد عنيت بعقد النكاح بصورة خاصة ، فدعت إلى التعويل فيه على الإرادة الباطنة ؛ ولعل الباعث الذي حدا ببعض الفقهاء إلى الخروج في عقد النكاح عن قاعدة الأخذ بالإرادة الظاهرة في نظائره

(١) راجع م ١١٣٤ من القانون المدني الإيراني .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٨١ ، س ١٨ .

من التصرفات غير القابلة للفسخ ، هو ما يحظى به هذا العقد من مكانة خاصة دعاهم إلى تخصيصه بخصوصيات سبق أن وقفنا عندها .

جاء في إعلام الموقعين : « وذكر بعضهم أن الشافعي نص على أن نكاح الهازل لا يصح بخلاف طلاقه ^(١) » .

وجاء أيضاً : « وروى عنه [مالك] على بن زياد أن نكاح الهازل لا يجوز . قال بعض أصحابه فإن قام دليل الهزل لا يلزمه عتق ولا نكاح ولا طلاق ولا شيء عليه من الصداق ^(٢) » .

وجاء في أحكام المعاملات للاستاذ علي الخفيف أن « من المالكية من سوى بين جميع تصرفاته [الهازل] فلم يعتبر عبارته على الإطلاق ^(٣) » .

وجاء في كتاب « الفقه الإسلامي » للاستاذ محمد سلام المذكور : « لكن بعض المالكية يعممون إلغاء اعتبار عبارة الهازل ومن في حكمه جميع العقود على السواء ، ولا يستثنون فيها شيئاً . فزواج الهازل وطلاقه ، وعتقه ، وبيعه ، وهبته ، وإجارته ، وسائر عقوده لأغية ، سواء أكان فيها حق الله أم حق العباد ، إذا ثبت بالدليل ، لأنه يكون مجرد لفظ ، من غير وجود نية ، وهو رواية عن أحمد وبعض الفقهاء . وقالوا إن الحديث منقطع الإسناد ^(٤) » ^(٥) .

ثانياً : الصورية في التصرفات القابلة للفسخ

٤١٦ — التصرفات التي تحتل الفسخ هي التي يجوز فيها النقص والإقالة ، كالبيع والإجارة ، والصورية فيها قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية .

(١) المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١٠ .

(٣) أحكام المعاملات للأستاذ الشيخ علي الخفيف ، ص ١٥٨ .

(٤) الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام المذكور ، ف ٢٦٦ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣ .

(٥) يلاحظ أن المذهب الشافعي يطل اليمين الصوري ، ففي الدائع (ج ٣ ، ص ١١ ، س ١٨) :

« وكذا الجدة والعمد ، فتصح [اليمين] من الخاطيء والهازل عندنا خلافاً للشافعي »

الصورية المطلقة

٤١٧ — وهي أن يتوطأ المتعاقدان على أن العقد الذي سيعقدانه في الظاهر لا وجود له في الحقيقة .

وعرفها ابن المهام بقوله : أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازي ، بل أريد باللفظ غيرها ، وهو ما لا يصلح إرادته منه^(١) .

وعرفها النسفي بقوله : أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ، ولا ماصح له اللفظ استمارة .
يعنى أن يراد باللفظ معنى لا يكون اللفظ موضوعاً له ، ولا يكون صالحاً لأن يراد به ذلك المعنى على سبيل الاستمارة .

وصورة الهزل أن يقول العاقد إلى من يتواطأ معه : « إني أظهر أني بعت منك داري ، وليس ببيع في الحقيقة ، وإنما هو تلجئة » .

ويطلق الفقهاء المسلمون على البيع الصوري تسمية « التلجئة » ، لما تتضمنه من اللجوء إلى الغير ، والاحتماء بستار صوري ، ينقذ به العاقد المتواطئ ماله المهرب من ترصب غاصب أو تسلط دائن .

٤١٨ — وتتحقق الصورية بأحد طريقين : إما بمواضعة سابقة ، بأن يتواطأ الطرفان على أن العقد الذي سيعقدانه صوري لا يراد حكمه ، ثم يعقد العقد متفاهمين على أساس تواطئهما السابق . وإما أن تستفاد من قرائن الحال التي تدل على أن المتكلم هازل لا جاد . ويلاحظ هنا أن الأحناف يمتدون بالطريقة الأولى دون الثانية ، فهم يشترطون أن يتقدم الهزل دليلاً ، خلافاً للحنابلة الذي يعتبرون الهزل متحققاً بدلالة الحال^(٢) .

جزاء الخلاف بين الإرادة والتعبير في الصورية المطلقة

٤١٩ — وقف الفقهاء المسلمون مواقف ثلاثة من العقد الصوري ، فمنهم من

(١) التقرير والتعبير ، ج ٢ ، ص ١٩٤ ، س ١٦ .

(٢) راجع الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ، ف ٢٦٦ ، مامش رقم ٢ ص ٢٨١

وانظر ابن عابدين ج ٤ ، ص ٧ .

ذهب إلى صحته معتداً بإرادة المتواطئين الظاهرة . ومنهم من ذهب إلى بطلانه معولاً على إرادة المتواطئين الباطنة . ومنهم من توسط بين الرأيين فذهب إلى فساد .

٤٢٠ — نظرية الإرادة الظاهرة : ذهب إلى تصحيح العقد الصوري كل من الشافعي في قوله الأصح وما جاء عن طريق غير ظاهر الرواية لدى الأحناف ، وأبو الخطاب من الحنابلة ، ورأى للدردير من المالكية^(١) .

واستندوا في تصحيحهم للعقد الصوري إلى اعتبارات ثلاث :

٤٢١ — (١) فهم من صرح بأنحيازه إلى الإرادة الظاهرة ، استجابة للخطة العامة في مذهبه التي تؤثر اللفظ على القصد . جاء في المجموع شرح المذهب : « قل أصحابنا في بيع المازل وشرائه وجهان . أحدهما ينمقد كالطلاق وغيره . والثاني : لا . لأن الطلاق يقبل الإعزاز .

قال القاضي حسين : وهما مبنيان على مسألة السر والملانية في الصداق ، وهي إذا تواطأ في السر على أن المهر ألف ، ثم عقده في الملانية بألفين . فقولان : هل المهر مهر السر أو الملانية ؟ فإن قلنا بالسر ، لم ينمقد بيع المازل ، لأنه لم يقصد بيعاً ، والا فينمقد عملاً باللفظ ، ولا مبالاة بالقصد .

هكذا ذكر الجمهور الخلاف في بيع المازل وجهين . وقال الجرجاني : هما قولان . قال : وقيل وجه^(٢) . »

٤٢٢ — (٢) ومنهم من استند في تصحيحه للعقد الصوري إلى قياس الاتفاق السابق على العقد الصوري على الشرط الفاسد السابق للعقد . فكما أن هذا الشرط الفاسد يلغو إذا ما جاء العقد اللاحق خالياً منه ، فكذلك الاتفاق السابق في الصورية يلغو . ومادام الاتفاق السابق المعبر عن الإرادة الباطنة قد أصبح لاغياً ، فلم يبق أمام المشرع سوى الإرادة الظاهرة في العقد الصوري وهذا ما يجب الاعتداد به .

(١) جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (ج ٣ ، ص ٣ ، ص ٣٦) : « وظاهر كلام المصنف انعقاد البيع ولو قال المشتري « لأرضي » أو « كنت هازلاً » ولا يمين عليه لأنه قدمها على المسائل التي يحلف بها . »

(٢) المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، ص ١٧٣ .

ونستعرض فيما يلي الاستدلال السابق كما ورد في كتب المذهب الشافعي والمذهب الحنفي : جاء في المذهب للشيرازي : « وصورة بيع التلجئة أن يتفقا على أن يظهر العقد إما للخوف من ظالم ونحوه ، وإما لغير ذلك . ويتفقا على أهمهما إذا أظهرهما لا يكون بيعاً . ثم يعقدا البيع . فإذا عقدها ، انعقد عندنا ، ولا أثر للاتفاق السابق . وكذا لو اتفقا على أن البيع بألف ، ويظهرها بألفين ، فعقدا بألفين ، صح البيع بألفين ، ولا أثر للاتفاق السابق . هذا مذهبننا . وكذا رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة . . . دليلنا أن الاتفاق السابق ملغى ، بدليل أنهما لو اتفقا على شرط فاسد ، ثم عقدا بلا شرط ، صح العقد » (١) .

وفي البدائع : « وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن البيع جائز ، لأن ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد ، وإعما عقداً عقداً صحيحاً بشرائطه . فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط ، كما إذا اتفقا على أن يشترطاً شرطاً فاسداً عند البيع ، ثم باعاً من غير شرط » (٢) .

٤٢٣ - (٣) ومنهم من استند إلى جملة آثار التصرفات في الفقه الإسلامي .

(١) المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٣٣٤ ، س ١ .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٧٦ أشار ابن قدامة في المغني (ج ٤ ، ص ٢١٤) إلى أن أبا حنيفة يقول بصحة العقد الصوري ، إذ يقول : « بيع التلجئة باطل ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو الصحيح » . ولعل ابن قدامة يريد أن يشير في قوله بتصحيح أبي حنيفة للعقد الصوري إلى ما جاء عن طريق غير ظاهر الرواية ، وهو ما أشار إليه صاحب البدائع في النص الذي نقلناه عنه في المتن . وقد استشكل الأستاذ محمد يوسف موسى ما ذكره صاحب المغني من أن أبا حنيفة يقول بتصحيح العقد الصوري بعد أن ثارته بنصوص أخرى نقلها من المذهب الحنفي تذهب إلى بطلان العقد الصوري عند أبي حنيفة ، بقوله : « وحكاية أن أبا حنيفة يرى مع الشافعي صحة هذا البيع أمر مشكل إذا لاحظنا ما نقلناه سابقاً من أن الأحناف جميعاً يرون أن هذا العقد غير صحيح ، لأنه لم يكن تعبيراً صريحاً عن إرادتي طرفيه (راجع الأموال ونظرية العقد ، ف ٤١٦ ، ص ٢٩١) » . والواقع أنه ليس ثمة تعارض بين ما نقله المؤلف عن ابن قدامة وما نقله عن بعض الأحناف ، فالأول منهما يشير إلى ما جاء عن غير ظاهر الرواية والقاضي بصحة العقد الصوري ، والثاني يشير إلى ما جاء عن ظاهر الرواية والقاضي بعدم صحة العقد الصوري .

ويلاحظ أن الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى قد صور المذهب الشافعي على أنه يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة على غرار المدرسة الألمانية راجع كتابه الأموال ونظرية العقد (هامش ص ٢٨٩ ، ف ٤١٤) والواقع أن القانون الألماني يقضي ببطلان العقد الصوري آخذاً بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين بالإرادتهما الظاهرة كما أشار المؤلف . راجع ما سبق ، ف ٤٠٢ ، ص ٣٨٦ .

ومؤداها أن الشارع في الفقه الإسلامي هو الذي يرتب على التصرفات آثارها ، فلا غرابة إذن إذا قضى هذا الشارع بتصحيح العقد الصوري ، ولو لم تكن هذه الآثار مرادة من العاقد نفسه . إذ أن دور هذا الأخير ينحصر ، وفق هذه النظرية : في تحريك السبب . أما الآثار فمردّها إلى الشارع .

جاء في إعلام الموقعين في بيان هذا الاستدلال : « وقال أبو الخطاب في انتصاره يصح بيعه [الهزل] كطلاقة ، وخرجها بمض الشافعية على وجهين : ومن قال بالصحة قاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق والرجعة .

والفقه فيه : أن الهزل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه . وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد ، فإذا أتى بالسبب ، لزمه حكمه ، شاء أم أبى ؛ لأن ذلك لا يقف على اختياره . وذلك أن الهزل قاصد للقول ، مريد له ، مع علمه بمعناه وموجبه . وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمها ، إلا أن يعارضه قصد آخر ، كالسكره والخادع المحتمل ، فإنهما قصدا شيئاً آخر غير معنى القول وموجبه . ألا ترى أن السكره قصد رفع العذاب عن نفسه ، ولم يقصد السبب ابتداءً ، والمحلل قصد إعادتها إلى المطلق ، وذلك مناف لقصده موجب السبب . وأما الهزل فقصد السبب ، ولم يقصد حكمه ، ولا ما ينافي حكمه ، فترتب عليه أثره .

فإن قيل : هذا ينتقض عليكم بلفو اليمين ، فإنه لا يترتب عليه حكمه . قيل : اللافي لم يقصد السبب ، وإنما جرى على لسانه ، من غير قصده ، فهو بمنزلة كلام النائم والغلوب على عقله .

وأيضاً فالهزل أمر باطن ، لا يعرف إلا من جهة الهازل ، فلا يقبل قوله في إبطال حق العاقد الآخر^(١) .

٤٢٤ — نظرية الإرادة الباطنة : ذهب إلى الاعتداد في العقد الصوري بالإرادة

الباطنة وتقرير بطلانه كل من مالك وأحمد بن حنبل والشافعي في أحد قولين له .

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ١١٠ ، س ٤ . راجع ما سبق ف ٤٩٠ ص ٣١٠ .

جاء في إعلام الموقعين : « ومذهب مالك الذى رواه ابن القاسم عنه ، وعليه العمل عند أصحابه أن هزل النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع ^(١) » .

وفى المغنى : « بيع التاجئة باطل ، وقال أبو حنيفة والشافعى هو صحيح ، لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً من مفسد ، فصح ؛ كما لو اتفقا على شرط مفسد ، ثم قصدا البيع بلا شرط . ولنا أنهما ما قصدا البيع ، فلم يصح منهما ، كالمجازين ^(٢) » .
وظاهر أن هذا رأى الأخير يبطل العقد الصورى لانقضاء قصد طرفيه ، كما أشار إليه ابن قدامة بقوله : « إنهما ما قصدا البيع ، فلم يصح منهما » .

٤٢٥ — رأى الوسط : يذهب الأحناف إلى أن العقد الصورى هو عقد فاسد .
ونبحث فيما بلى : (١) المسوغات التى حدثت بالفقه الحنفى إلى تقرير فساد العقد الصورى .
(٢) آثار العقد الصورى الفاسد . (٣) الاعتراض على رأى القائل بأن الأحناف يذهبون إلى أن العقد الصورى باطل . (٤) فى رأينا أن العقد الصورى لدى الأحناف هو عقد موقوف .

٤٢٦ — (١) تعليل فساد العقد الصورى لدى الأحناف : سبق أن أشرنا إلى أن الركن المعنوى فى التعبير عن الإرادة ينتظم عنصرين إرادة التعبير وإرادة الأثر ونشير هنا إلى أن الأحناف يطلقون على « إرادة التعبير » تسمية « الاختيار » ويطلقون على « إرادة الأثر » تسمية « الرضا » فإذا ما توافرت هاتان الإرادتان قام العقد صحيحاً لأنه يكون آنذاك مشروعاً بأصله ووصفه أما إذا توافرت إرادة التعبير فقط — الأمر الذى يستتبع مشروعية العقد أصلاً — وتخلفت إرادة الأثر — الأمر الذى يستتبع عدم مشروعية العقد وصفاً — فنندها يكون العقد فاسداً . لأن الشأن فى العقد الفاسد أن يكون لدى الأحناف مشروعاً بأصله دون وصفه ^(٣) .

(١) المرجع السابق ، ص ١٠٩ ، س ٢٠ .

(٢) المغنى ، ج ٤ ، س ٢١٤ .

(٣) انفرد الأحناف بصناعة فقهية خاصة بهم ، قامت على أساس التمييز بين أصل العقد ووصفه ، والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الفاسد والعقد الباطل أما أصل العقد فهو الركن ، وهو الإيجاب والقبول مستوفيين شروطهما ، من حيث تطابقهما ، وصدورهما من مجلس متحد ، ومنصبين على محل ممكن ، ومعين ، وقابل للتعامل ، وصادرين عن عاقلين غافلين فأكثر .

وإليك تمليلات الفقهاء الأصوليين لفساد عقد الهازل كما وردت في كتبهم .
 جاء في التقرير والتحجير : « فرضي الهازل — بالمباشرة — أى بالتكلم بصيغتها
 — لا بحكمها — أى لا بثبوت الأثر المترتب عليها الموضوعة له ^(١) » .

وفي مرآة الأصول : « وهو لا ينافي اختيار المباشرة والرضا بها ، بل اختيار الحكم
 والرضا به — يعنى أن الهازل يتكلم بصيغة العقد مثلاً باختياره ورضائه ، لكنه
 لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه . والاختيار هو القصد إلى الشيء ، وإرادته
 والرضا هو إيثاره واستحسانه . فملكه على الشيء مثلاً يختار ذلك ولا يرضاه . ومن
 ههنا قالوا إن المعاصى والقبائح بإرادة الله تعالى لا برضاء ، لأن الله تعالى لا يرضى لعباده
 الكفر ^(٢) » .

وفي أصول الفقه للخضري : « فإن كانت [المواضعة] على أصل العقد . . . كان
 حكم العقد حكماً ما شرط فيه الخيار مؤبداً ، لأنهما قد رضيا بمباشرة العقد ، ولم يرضيا
 بحكمه . فالعقد يكون فاسداً ^(٣) » .

٤٢٧ — (٢) آثار العقد الصوري الفاسد : للعقد الفاسد وجود شرعى ، فهو
 إذن ليس بممدوم الأثر . وأبرز آثاره ثلاثة : (١) إن العقد الصورى قابل للنقض من
 قبل أحد الطرفين المتواطئين . (٢) إن القبض اللاحق للعقد الصورى لا ينقل الملكية
 من الناقل إلى المتصرف إليه . (٣) إن العقد الصورى قابل للإجازة من الطرفين المتواطئين .
 تلك هى أبرز آثار العقد الصورى ونحن إذا ما قابلنا بينها وبين آثار العقد الفاسد بوجه
 عام ألفيناها تلتقى معها فى الأثر الأول بينما هى تفرق عنها فى الأثرين الثانى والثالث

== أما أوصاف العقد فنها ما يرجع إلى المحل ، ومنها ما يرجع إلى الرضا . أما التى ترجع إلى المحل :
 فهى أن يكون غير منتهى عنه بأن لا يكون ثمة ضرر فى تسليمه ، أو دخله الغرر ، أو الشرط
 الفاسد ، أو الربا . وأما الذى يرجع إلى الرضا : فهو خلوه عن الإكراه ، والهزل .
 فإذا ما اختل الركن أو شرط من شرائطه انهار العقد ، وبطل . وإذا ما اختل وصف من
 أوصافه ، بأن دخل محله الغرر أو الشرط الفاسد أو الضرر عند التسليم أو شاب الرضا لإكراه
 أو هزل ، فالعقد فاسد .

(١) التقرير والتحجير ، ج ٢ ، ص ١٩٤ .

(٢) مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ، ص ٣٥٠ .

(٣) أصول الفقه للخضري ، ص ١٢٤ .

ذلك بأن العقود الفاسدة بوجه عام تنقل الملكية بالقبض، ولا تقبل الإجازة^(١). هذا وإذا قابلنا بين آثار العقد الصوري وآثار العقد المشوب بالإكراه — وكلاهما يقبل الإجازة — رغم فساده نجد أن الإجازة اللاحقة للعقد الصوري لا تصححه إلا إذا كانت صادرة من الجانبين ، بينما يكتفى بصورها في العقد المشوب بالإكراه من جانب واحد وهو الماقد المكره . ولعل مرد هذه التفرقة يعود إلى كون فوات الرضا في الصورية هو من الجانبين لا من جانب واحد كما هو الحال في الإكراه^(٢) .

(١) ونفصل فيما يلي آثار العقد الفاسد بصورة عامة لكي يتسنى لإيضاح وجوه الالتقاء والافتراق بينها وبين آثار العقد الصوري بوجه خاص . الأصل في العقد الفاسد أن لا ينتج أثراً قبل القبض أما بعد القبض فقد ينتج بعض الآثار وعليه نتكلم عن آثار العقد الفاسد في هاتين المرحلتين :

١ — العقد الفاسد قبل القبض : ليس ينتج العقد الفاسد أثراً قبل القبض ، ومن ثم لا تلحقه الإجازة ، ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بفسخه ، ولا تثبت فيه الشفعة ولا ينتقل به الملك قبل القبض ، فلا يصبح المشتري بعقد فاسد مالِكاً للمبيع ، ولا يجوز للبائع أن يجبر المشتري على دفع الثمن ، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر البائع على تسليم المبيع ، لأن كلا من البائع والمشتري يملك الفسخ .

على أن العقد الفاسد ، إذا لم يكن عقداً صحيحاً ، فهو مع ذلك منعقد ، وله وجود شرعى ، لا وجود مادي فحسب . فهو عقد قائم ، ولكن يجوز فسخه من كل من المتعاقدين . وهذا الفسخ دليل على أن العقد له وجود ، إذ لولا هذا الوجود لما كانت هناك حاجة إلى الفسخ . فاعقد الفاسد إذن له وجود شرعى ، ولكنه وجود قلق مهدد بالزوال في كل وقت .

٢ — العقد الفاسد بعد القبض : متى تم قبض المبيع صحيحاً بإذن البائع ، فإن العقد يقوى عما كان عليه قبل القبض . فقد أكد الماقدان نيتهما في تنفيذه بالرغم من فساده . على أن هذا التنفيذ لا يعتبر إجازة للعقد ، فقد قدمنا أن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة ، ويبقى العقد قابلاً للفسخ . وإذا كان الفساد في صلب العقد كان لكل من المتعاقدين فسخه قبل القبض وبعده ، أما إذا كان الفساد لشرط فاسد فقبل القبض يكون لكل من المتعاقدين فسخه ، إلا إذا زال الفساد بتراضيهما . وبعد القبض يستقل بالفسخ من له منفعة في الشرط على قول محمد . أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلكل من المتعاقدين حق الفسخ إلى أن ينزل صاحب الشرط عن شرطه .

على أن العقد الفاسد بعد القبض يثبت الملك في الجملة ، ولكنه ملك من نوع خاص ، هو ليس مالِكاً مطلقاً كالملك الذى يفيد العقد الصحيح ، بل هو ملك يستحق الفسخ ، ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك .

وتبدو ثمرة هذه الملكية بوجه خاص ، عندما يتصرف المشتري بالمبيع إلى شخص آخر حيث يتفقد تصرف المشتري للغير في حق البائع . وتبدو أيضاً في حالة تغير المبيع لدى المشتري شراء فاسداً ، إذ يترتب على هذا التغير حماية المشتري نفسه وثبات ملكيته واستقرارها بعد أن كانت مرعزعة مهددة بالفسخ . (راجع مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٨٧) .

(٢) راجع ماسياتى ، ف ٤٦٠ .

ويقول صاحب مرآة الأصول في بيان وجوه الانتفاء والافتراق بين الفساد في العقد الصوري والفساد في بقية العقود : « وإن اتفقا على بناء العقد على الهزل والمواصفة صار الخيار الشرط للماقدين مؤبداً ، لوجود الرضا بالمباشرة لا الحكم ، وهو الملك ، كما في الخيار ، فيفسد العقد ، كما في الخيار المؤبد ، لكن لا يملك بالقبض كما يملك في سائر البيوع الفاسدة لعدم اختيار الحكم . فإن نقضه — أى العقد الذى اتفقا على أنه مبنى على المواصفة — أحد المتعاقدين انتقض ، لأن لكل واحد منهما ولاية النقص . لكن الصحة تتوقف على اختيارها جميعاً لأنه بمنزلة شرط الخيار لهما . فإجازة أحدهما لا تبطل خيار الآخر . وقدر الإمام مدة الخيار بثلاثة أيام اعتباراً بالخيار المؤبد حتى يتقرر الفساد بمضى المدة ، وعندهما يجوز الاختيار ما لم يتحقق النقص ^(١) » .

وفي أصول الفقه للخضرى : « فالعقد يكون فاسداً أولاً يفيد الملك بالقبض لعدم اختيار الحكم . وإذا نقضه أحدهما انتقض ، وليس لواحد منهما الاستقلال بإجازته ، فاذا إجازته جاز مطلقاً عند صاحبه ، وبشرط أن تكون الإجازة في بحر الأيام الثلاثة التالية للعقد عند الإمام ^(٢) » .

٤٢٨ — (٣) انظر عتراصه على الرأى القائل بأنه العقد الصورى لرى
المرئى صنف هو عقد باطل : يذهب الأستاذ مصطفى الزرقاء فى كتابه « المدخل فى فقهى العام »
إلى أن المحققين من فقهاء الحنفية يقولون بىطلان عقد الهازل إذ يقول : « اختلاف النظر
الفقهى فى عقد الهازل :

— فقيل هو منعقد فاسد ، لكنه لا يترتب عليه حكم ، فالمشترى الهازل لا يملك
المبيع بالقبض ، والمستعير الهازل لا يجوز له الانتفاع بالمارية ، وهكذا .

— وقيل هو باطل غير منعقد ، لانتفاء الإرادة فيه ، بالنسبة إلى أصل العقد ،
بدليل أنه لا يترتب عليه حكم باتفاق آراء الفقهاء ، وهذه نتيجة البطلان .

والمحققون من فقهاءنا على هذا الرأى الثانى ، فهم يذكرون فى شتى المناسبات أن
عقد الهازل باطل غير منعقد .

(راجع : البدائع ١٧٦/٥ ، وفقح القدير للكمال بن همام ٤٥٩/٥ / ورد المختار ٧/٤)

(١) مرآة الأصول ، ص ٣٥١ .

(٢) أصول الفقه للخضرى ، ص ١٢٤ .

وهذا هو الرأى الأوجه بالنظر إلى المبادئ العامة التى أثبتناها عن الإرادة المقدية وأقسامها وأحكامها ، فلذا رجحنا هنا البناء على اعتباره باطلا ، وعددناه فى العقود الصورية^(١) .

ويلاحظ من النص السابق أن المؤلف قد استند فى تقريره لبطلان العقد الصورى لدى الأحناف إلى نصوص : الكاسانى ، والكمال بن همام ، وابن عابدين .
ولقد انتهى بنا استقراءنا لهذه النصوص إلى أن دعوى المؤلف لا تستند إلى أساس صحيح للأسباب الآتية :

(١) إن صاحب رد المحتار يمان بجلاء ، وفى أكثر من موضع ، أن عقد الهازل فاسد ، وهذا يخالف صراحة ما ذهب إليه المؤلف .

(٢) إن صاحب البدائع يتردد بين البطلان والفساد ، فهو فى الوقت الذى يشير فيه إلى أن الهزل فى البيع يفضى إلى البطلان ، يشير فى مكان آخر إلى أن الهزل فى الوصية والإجارة والمكاتبه يفضى إلى الفساد . وواضح أن هذه الأقوال المضطربة لا تصلح سداً .

(٣) إن نص الكمال بن همام لا يصلح أساساً لدعوى المؤلف ، لأنه ثبت أنه قد حارل المدول عن النزعة الموضوعية فى الفقه الحنفى فى أكثر من موضع . ولعل محاولته هنا تقرير بطلان عقد الهازل تسايير خطته العامة التى خرج فيها عن إجماع مذهبه كما سنرى . وهو إلى جانب ذلك قد ذكر بصراحة أن عقد الهازل عقد فاسد . فى كتابه « التحرير » .

ونفصل فيما يلى هذه الأدلة الثلاثة :

(١) الدليل الأول : لم نجد فى نصوص ابن عابدين ما يشير إلى أنه يمنح إلى اعتبار عقد الهازل باطلا ، بل هو يذهب بصراحة كما أشرنا إلى فساد عقوده . وقد كرر رأيه فى كتابه رد المحتار فى أكثر من موضع ، وإليك فيما يلى نصين لابن عابدين ينطقان بهذه النتيجة :

(١) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ، هامش ١ ف ١٨١ ، ص ٣٥٥ .

جاء في رد المحتار : « وكثيراً ما يطلقون الفاسد على الباطل . . . لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازاه جاز . والباطل لا تلحقه الإجازة ، وأن الباطل ما ليس بمنقداً أصلاً ، والفاسد ما كان منقداً بأصله ، لا بوصفه ، وهذا منمقد بأصله ، لأنه مبادلة مال بمال ، دون وصفه ، ولذلك أجاب بعض العلماء بحمل مافي الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد . . قلت وهذا أولى لموافقته لما في كتب الأصول من أنه فاسد

وأما عدم إفادته الملك بالقبض فلكونه أشبه البيع بالخيار لهما . وليس كل فاسد يملك بالقبض ، ولذا قال في الأشباه : إذا قبض المشتري المبيع فاسداً ملكه إلا في مسائل :

الأولى : لا يملكه في بيع الهازل كما في الأصل .
 الثانية : لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير ، أو باعه له كذلك فاسد لا يملكه بالقبض حتى يستعمله . كذا في المحيط .
 الثالثة : لو كان مقبوضاً في يد المشتري أمانة لا يملكه به ^(١) .

وفي رد المحتار في مكان آخر : « والاحسن ما أجبنا به في أول البيوع من أنه فاسد ، كما صرح به الأصوليون ؛ لأن الباطل ما ليس بمنقداً أصلاً ، وهذا منمقد بأصله ، لأنه مبادلة مال بمال ، دون وصفه ، لعدم الرضا بحكمه ، كالبيع بشرط الخيار أبدأ ، ولذا لم يملك بالقبض . وليس كل فاسد يملك بالقبض كما لو اشترى الأب شيئاً من ماله لطفله ، أو باعه له ، كذلك فاسد ، لا يملكه بالقبض ، حتى يستعمله ، كما في المحيط ^(٢) .

الدليل الثاني : أعطى صاحب البدائع أوصافاً متعددة لقد الهازل ، فهو بينا يذهب إلى تقرير بطلانه في عقد البيع ، نراه يذهب إلى تقرير فساده في مجالات أخرى ونستعرض فيما يلي النصوص التي تكشف تكييفه المزدوج :

أولاً : النص الذي أشار فيه الكاساني إلى بطلان العقد الصوري :
 جاء في البدائع : « فإن كانت [التلجئة] في إنشاء البيع . . . فالبيع باطل في

(١) ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٧ — ٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٥٦ ، س ١٧ .

ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وعمد لأيهما تكلم بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة وهو تفسير الهزل . والهزل يمنع جواز البيع ، لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب ، فلم يكن هذا بيعاً منعقداً في حق الحكم . . ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجوز . وإن أجازاه جاز ، كذا ذكر محمد ، لأن الشرط السابق ، وهو المواضعة ، منعت انعقاد العقد في حق الحكم ، بمنزلة شرط خيار المتبايعين ، فلا يصح إلا بتراضيهما ، ولا يملكه المشتري بالقبض ، حتى لو كان المشتري عبداً فقبضه وأعتقه ، لا ينفذ إعتاقه ، بخلاف المكره على البيع والتسليم ، إذا باع وسلم ، فأعتقه المشتري ، إنه ينفذ إعتاقه ، لأن بيع المكره انعقد سبباً للحكم ، لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلاً ، لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك ، فانعقد السبب ، إلا أنه فسد لانعدام الرضا طبعاً ، فتأخر الملك فيه إلى وقت القبض . أما ههنا ، فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب في الجانبين أصلاً ، فلم ينعقد السبب في حق الحكم . . . فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين^(١) . »

ويلاحظ أن الكاساني يجعل مرد بطلان عقد الهازل انعدام إرادة التعبير لديه ، إذ يقول : « والهزل يمنع جواز البيع لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب » وهذا يخالف في رأينا ما ذهب إليه الفقهاء من أن النعدم في حالة الهزل ليس هو إرادة التعبير بل هو إرادة الأثر . جاء في مرآة الأصول : « وهو لا يتنافى اختيار المباشرة والرضا بها ، بل اختيار الحكم والرضاه ، يعني أن الهازل يتكلم بصيغة العقد مثلاً باختياره ورضائه ، لكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه^(٢) » وفي التقرير والتحجير : « فرضى الهازل — بالمباشرة — أى التكلم بصيغتها — لا بحكمها — أى لا بثبوت الأثر المترتب عليها الموضوع له^(٣) . » وفي أصول الفقه للخضري : « لأنهما قد رضيا بمباشرة العقد ولم يرضيا بحكمه^(٤) . »

ولعل عدم تمييز الكاساني بين إرادة التعبير وإرادة الأثر — ذاك التمييز الذي

(١) البدائع، ج ٥ ، ص ١٧٦ .

(٢) مرآة الأصول ، المرجع السابق .

(٣) التقرير والتحجير ، المرجع السابق .

(٤) أصول الفقه للخضري ، المرجع السابق .

أقره المذهب الحنفى كما أشرنا^(١) — هو الذى دعاه إلى منع انعقاد العقد سبباً وحكماً .

(٢) النصوص التى أشار فيها الكاسانى إلى فساد التصرفات الصورية :

جاء فى البدائع : « فلا تصح المكتابة مع الإكراه ، والهزل ، والخطأ . لأنها من التصرفات التى تختمل القسح فيفسدها الكره ، والهزل ، والخطأ ، كالبيع ونحوه^(٣) » .

وها نحن نجد الكاسانى يصرح بأن الهزل يفسد البيع عند ما قاس فساد المكتابة الصورية على فساد البيع الصورى .

وفى البدائع أيضاً : « فلا يصح مع الكراهة ، والهزل ، والخطأ لأن هذه العوارض تنافى الرضا . فتمنع صحة الإجارة . ولهذا منعت صحة البيع^(٤) » وكأ ترى لم يعتبر الكاسانى فى هذا النص الهزل مانعاً من انعقاد كل من الإجارة والبيع بل اعتبر وجوده مانعاً من صحة هذين العقدين .

وأخيراً نجد الكاسانى يعتبر تخلف الهزل شريطة لصحة الوصية ، لا شريطة لانعقادها حيث يقول : « لا تصح وصية الهازل والمسكره والخطيء ، لأن هذه العوارض تفوت الرضا^(٥) » .

نستخلص من النصوص الأخيرة أن الكاسانى يعتبر تخلف الهزل شريطة صحة لا شريطة انعقاد فى كل من المكتابة والإجارة والوصية . وهذا فى رأينا يتعارض مع ما ذكره فى صدد التلجئة ، حيث ذهب إلى أن الهزل يبطل عقد البيع .

أضف إلى ذلك أننا إذا ما دققنا فى النصوص السابقة نجد الكاسانى يقرن الهزل فيها بالإكراه من حيث الحكم . وهذا يفيد ضمناً أن أثر الهزل مماثل لأثر الإكراه فى إفساد العقود المشوبة بهما .

وأمام هذا التعارض الملحوظ فى نصوص الكاسانى لا مجال للتمويل عليها فى الذهاب إلى أن الأحناف يقولون ببطلان العقد الصورى .

(١) راجع ما سبق ، ف ٤٢٦ ، ص ٤٠٠ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص ١٣٦ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٧٩ .

(٤) المرجع السابق ، ج ٧ ، ص ٣٣٥ .

الدليل الثالث : إن النص الذي ذهب فيه الكمال بن همام إلى أن عقد المازل باطل ، لا يمكن أن يلقى الضوء على موقف الكمال من العقود الصورية ، إلا إذا وضع جنباً إلى جنب مع نص آخر يقرر فيه صاحب الفتح ثانوية التراضي في انعقاد البيع .
حقاً لقد جاء في كلام ابن الهمام إبان دعوته إلى المدول عن الاعتداد بالإرادة الظاهرة إلى الإرادة الباطنة ، وجعلها مناطاً للانعقاد في صيغ الماضي التعاقدية ، قوله : « لا فرق بين بعتته وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينمقد بلفظ بعت هزلاً^(١) » .

وهذا النص الهام لا يمكن أن نفهمه على حقيقته إلا إذا وضعناه في إطارين :
أما الإطار الأول فهو المبدأ الذي دعا فيه الكمال إلى المدول عن النزعة الموضوعية إلى النزعة الذاتية في الصيغ التعاقدية ، والاعتداد بها مطلقاً بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة ، وهذا المبدأ الخطير الذي دعا إليه صاحب الفتح والذي ينبو عن النزعة الموضوعية السائدة في الفقه الإسلامي ، لم يلق أذناً صاغية لدى بقية الفقهاء الذين ظلوا يرددون نفس القواعد الموضوعية المجمع عليها ، والقاضية بالاعتداد بالإرادة الظاهرة في صيغة الماضي^(٢) .

أما الإطار الثاني فهو المبدأ الذي دعا فيه الكمال إلى « اعتبار حقيقة التراضي شرطاً لثبوت حكم العقد لا جزءاً من مفهومه » وقد نص عليه الكمال بقوله : « وأما ركنه [البيع] فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين ، أو من يقوم مقامهما ، الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما ، وهذا مفهوم الاسم شرعاً . . . وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون ، فإن لفظ « بعت » مثلاً ليس علة لثبوت الرضا بل إماراة عليه . فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر . فكذا يتحقق « بعت » و « اشترت » ولارضا كما في بيع المكره . وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي ، بل شرط لثبوت حكمه شرعاً^(٣) » .

(١) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٨ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٣٤٨ ، ص ٣٤٤ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٤ .

على أننا إذا قابلنا بين المبدأين آنفي الذكر الذين دعا الكمال إلى الأخذ بهما ، نجد أنهما لا يخلوان من التعارض ، فبينما ينهج المبدأ الأول نهجاً ذاتياً ، يميل المبدأ الآخر إلى النهج الموضوعي . ولئن ازور الفقهاء عن الاستجابة للمبدأ الأول ، كما رأينا ، فقد استجابوا بيسر إلى المبدأ الثاني . وبدا ذلك في تعريفاتهم للبيع التي جردوها من قيد التراضي ، مطاوعين في ذلك النزعة الموضوعية التي ضمنها الكمال مبدأه آنف الذكر^(١) .

وبناء على ما تقدم ننتهي إلى القول بأن تقرير الكمال بطلان العقد الصوري لئن كان يتفق مع دعوته إلى المعيار الذاتي — الذي جاء هذا التقرير في سياق الاستدلال على صحته — فهو لا يتفق مع النزعة الموضوعية ، التي دعا إليها الكمال في مبدئه الآخر والتي صادفت استجابة الفقهاء الآخرين لها .

وهو إلى جانب ذلك لا يتفق وما جاء صراحة على لسان الكمال بن همام في كتاب «التحرير» ، الذي خصص فيه الكمال بحثاً خاصاً للهزل ، وحيث يقول فيه : « إذا اتفق المتعاقدان على البناء على التواضع صار العقد كالعقد المشتمل على شرط الخيار للماقدين مؤبداً ، إذ رضا فيه بالمباشرة فقط ، لا بالحكم الذي هو الملك أيضاً كما في الخيار المؤبد فيفسد العقد فيه كما في الخيار المؤبد ولا يملك المبيع فيه بالقبض لعدم الرضا بالحكم^(٢) » .

والخلاصة أن الكتب التي استند إليها المؤلف لم تسعفه في دعم دعواه بأن عقد الهازل باطل ، بل إن نصوصها جميعاً لتشير إلى أن عقد الهازل فاسد ، كما وضع من الاستقراء الذي أشرنا إليه .

(١) جاء في الدرر (ج ٢ ص ١٤٢) : « البيع مبادلة مال بمال عن طريق الاكتساب — لم يقل على سبيل التراضي ليتناول بيع المسكره . »
وجا في الفتاوى الهندية (ج ٣ ، ص ٢) : « أما تعريفه (البيع) فمبادلة المال بالمال بالتراضي كذا في السكافي — قوله بالتراضي قيد به اقتداء بالآية ، وليس جزءاً من التعريف كما حققه الكمال . »
(٢) التقرير والتحرير شرح تحرير الكمال بن همام في علم الأصول للعلامة ابن أمير الحاج ، ج ٢ ، ص ١٩٤ .

ويؤيد ما ذهبنا إليه ما جاء في كتاب الملكية ونظرية العقد لاستاذنا الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ، إذ يقول : « وكذلك إذا باع أو اشترى أو أجر مثلاً وكان هازلاً عند مباشرة العقد ، وصدرت عنه عبارات تدل على ذلك ، ففي هذه الحال ينمقد العقد ، ولكن لأن الرضا ، وهو الارتياح والرغبة في أحكام العقد غير متوافر لم يصح العقد ، بل يكون فاسداً ، ما دام مصراً على الهزل ، ولم يعدل عنه ، فإن عدل عنه انقلب العقد صحيحاً ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضا والرغبة لوجود الهزل ، وقد زال بالإعراض عنه ، والرغبة في أحكام العقد . ومن المقرر عند الحنفية أنه إذا فسد العقد لسبب من الأسباب التي تتعلق بالرضا يزول الفساد بزوال ذلك السبب ، ولأن العقد مع الهزل بمنزلة العقد مع خيار شرط لم تبين مدته ^(١) » .

وجاء في كتاب أحكام المعاملات لأستاذنا الجليل الشيخ على الخفيف : « وأما العقود التي لا تصح مع الهزل فهي العقود التي لم تجمل العبارة فيها قاتنة مقام معناها ... وهذا القسم من العقود يتوقف انعقاده على الاختيار ، وصحته على الرضا ، فإذا ما صدرت فيه العبارة من قاصد لها غير راض بها انمقدت ، أما إذا صدرت من غير قصد إليها لم تنمقد ، وعلى ذلك لا ينمقد بيع النائم والمنعى عليه ولا إيجارتهما ، لعدم القصد والاختيار ، وينمقد بيع المكره والهازل وإيجارتهما لتحقيق القصد والاختيار منهما ولكن مع الفساد ، وذلك لأن هذا النوع من العقود تتوقف صحته على رضا العاقد وليس كل من المكره والهازل راضياً كما قدمنا ، فتقع فاسدة منهما ، وهذا هو المتفق مع القواعد ^(٢) » .

ويرتضى الأستاذ محمد سلام المذكور في كتابه « الفقه الإسلامي » ما انتهى إليه تحقيق العلامة ابن عابدين الذي سبق أن أشرنا إليه ، إذ يقول : « وبهذا يكون بيع الهازل فاسداً فلو ارتفع سبب الفساد فيه ، فعدل الهازل عن هزله ، صح العقد ، ونفذ بلا حاجة إلى تجديده ، ولو كان باطلاً ما انقلب صحيحاً ^(٣) » .

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ١٩٢ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، ص ٢٢٥ — ٢٢٦ .

(٣) الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام المذكور ، طبعة عام ٩٥٨ هـ ، هاشم ٢ ف ٥٥١ ، ص ٣٩٤ .

انظر أيضاً الفقه الإسلامي للأستاذ عيسوى أحمد عيسوى ، طبعة عام ٩٥٨ هـ ، ص ٤٠٨ و ٤٠٩ .

الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٣٩ — ١٤٠ .

٤٢٩ — (٤) رأينا أنه العقد الصوري لدى الرُصناف هو موقوف :

مر معنا أن الأحناف يتجهون إلى اعتبار العقد الصوري فاسداً ، وأنه لا مجال لوصفه بالبطلان ؛ لأنه ذو وجود شرعى فهو قابل للأجازة وقابل للنقض ، ولولا قابلية الحياة فيه لما استطاعت الإجازة إحياءه ، ولما استطاع النقص إماتته ، ولأصح القول بأن عقد المازل قابل للنقض والإجازة هو من عبث القول الذى يتنزه الفقه عنه ! .

فالحقيقة التى لاشك فيها إذن هى أن عقد المازل ليس بباطل ، ولكن أهناك من شك يمكن إلقاؤه على وصف الفساد فيه ؟

لكى يتسنى لنا الإجابة عن هذا السؤال نرى لزوماً علينا أن نستعرض نقاط الالتقاء والافتراق بين أحكام الفساد فى عقد المازل وبين أحكام العقد الفاسد بصورة عامة .

٤٣٠ — الموازنة بين العقد الصوري والعقد الفاسد : إن عقد المازل كما رأينا قابل للنقض ، وهو فى هذا يلتقى مع أحكام العقد الفاسد بصورة عامة ولكن من جهة أخرى لا ينقل الملكية بالقبض ، ويجاز وهو فى هذين الأمرين يفترق عن أحكام العقد الفاسد ، وإن كان يلتقى فى الأمر الثانى منهما مع ضرب خاص من ضروب العقد الفاسد هو عقد المكره ، الذى يجاز بدوره من قبل المكره .

وهكذا تكشف هذه المقابلة ، كما هو ظاهر ، عن ضعف لون الفساد فى عقد المازل ، لاستعصاء هذا العقد عن مسابقة قاعدتين رئيسيتين فى منطق الفساد ، وهما ناقلة العقد الفاسد للملك بالقبض وعدم قابليته للإجازة ، وإذا كان الأمر كذلك ، وبعد ما تبين لنا من ازورار أحكام عقد المازل عن معنى البطلان ، أفمن سبيل إلى إدماج عقد المازل فى زمرة العقد الموقوف ؟

٤٣١ — إن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على معرفة نقاط الالتقاء والافتراق بين أحكام العقد الموقوف وأحكام عقد المازل . وهى تبدو فى أمرين :

أولاً : إن عقد الهازل يجاز ، شأنه في ذلك شأن العقد الموقوف ، وإن كانت الإجازة في الأول واجبة الصدور من الجانبين .

ثانياً : إن عقد الهازل لا ينقل الملكية شأنه في ذلك شأن العقد الموقوف . أما نقاط الافتراق فتبدو في قابلية عقد الهازل للنقض مطلقاً ، أما العقد الموقوف فيملك نقضه في المعاوضات الموقوفة كل من الطرفين ورب العمل (من عقد له) قبل إجازتها . أما العقود التي لا ترجع حقوقها إلى الفضولي فيمقتنع على هذا الأخير نقضها^(١) .

٤٣٢ -- وهكذا تنكشف المقابلة الأخيرة عن بروز صفة التوقف في عقد الهازل إذا ما قيست بصفة الفساد فيه الأمر الذي يجيز لنا أن نذهب إلى أن صفة التوقف هي أليق بعقد الهازل من صفة الفساد.

أما ما يفترق فيه عقد الهازل عن العقد الموقوف فهو ، في رأينا ، أمر غير جوهري ، يمكن الانتقال فيه من أحكام العقد الفاسد إلى أحكام العقد الموقوف دون تعارض مع طبيعة الأشياء ، ودون أن تحتل أصول الصناعة الفقهية . هذا إلى أن الفرق واضح بين خلل يصيب الإرادة كما هو الأمر في بيع الهازل — وبيع المكره الذي يذهب زفر إلى إلحاقه بالعقود الموقوفة — وخلل يصيب المحل كما هو الأمر في البيع الفاسد لغير الإكراه والهزل ، فوجب أن يكون لسكل من الخللين حكم يختلف عن الحكم الذي للخلل الآخر . وليس هذا التمييز بمستغرب في منطق الفقه الحنفي الذي منح بعض فقهاءه الفساد في بيع المكره من الخصوصيات ما لم ينحجه إلى العقود الفاسدة الأخرى ، وبلغ الأمر باتجاه آخر في هذا الفقه إلى إقصاء هذا العقد من زمرة العقود

(١) قارن الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق (ج ٤ ، ص ١٩١) حيث يقرر أن العقد الفاسد يختلف عن العقد الموقوف من حيث قابلية الأول للفسخ قبل القبض دون الثاني وأن هذا الأخير لا يملك أحد فسخه إلا في حالات معينة . والواقع أن القاعدة العامة في المعاوضات الموقوفة أنها تفسخ من الطرفين ، ومن عقد له قبل إجازتها ، بخلاف النكاح الذي لا يسع الفضولي نقضه (راجع أحكام المعاملات الشرعية للاستناد على التخفيف ٩٤٧ ، ص ٣٤١) .

الفاسدة ، ورفعته إلى مصاف العقود الموقوفة ، وهو أمر ندعو إليه نحن في نطاق العقود
الصورية^(١) و^(٢) .

ويسمفنا في مسلكنا هذا أمران : الأول : إن العقد الموقوف لا يكون دائماً
متوقف النفاذ على إجازة الغير وإن كان هذا هو الأغلب . فقد يكون متوقفاً نفاذه على
زوال حالة أوجبت عدم النفاذ كما في تصرفات المرتد عن الإسلام التي تنفذ بمجرد
عودته إلى الإسلام ، أو على إجازة أحد المعاقدين كما في الإكراه .

ثانياً : إن نظرية التوقف لا تهدف إلى حماية حق الغير فحسب ، بل قد تهدف
إلى حماية المتصرف نفسه كما في العقد المشوب بالإكراه وعقد ناقص الأهلية .
والخلاصة إنه ليس مما ينبو عن قواعد نظرية التوقف أن تهدف إجازة العقد
الصوري الموقوف إلى حماية طرفيه وأن تصدر عن هذين الطرفين نفسيهما .

الصورية النسبية

٤٣٣ — سبق أن رأينا أن الصورية تكون نسبية عندما تكون مقتصرة على
إخفاء ماهية العقد ، أو شرط من شروطه ، أو شخص أحد المتعاقدين . ونستعرض
فيما يلي هذه الحالات الثلاث فتكلم عن الصورية بطريق التستر ، والصورية بطريق
التستر الجزئي ، والصورية بطريق الاسم المستعار .

(١) الصورية بطريق التستر

٤٣٤ — تكون الصورية نسبية بطريق التستر إذا اقتضت على إخفاء ماهية
العقد الحقيقي أو أظهرته في صورة عقد آخر كأن يعقد شخصان هبة ويعطيها صورة
بيع ، فيكون هنا عقدان : عقد ظاهر هو البيع ، وعقد مستتر هو عقد الهبة . والعقد
الظاهر هو العقد الصوري ، أما العقد المستتر فهو العقد الحقيقي .

وقد يقع الخلط بين هذه الصورية وبين حالة مشابهة لها تصادف عندما

(١) انظر مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٩٣ حيث يرجع الأستاذ الدكتور السهوري رأى زفر
في اعتبار عقد المكره عتداً موقوفاً لافاسداً .

(٢) راجع شرح المجلة للأستاذ سليم باز ، ج ١ ، ص ٣٠٨ حيث يشير إلى أن أنا خنيقة يقول
أن بيع التلجئة موقوف .

يبرم المتعاقدان تصرفاً قانونياً ، وبسميانه بغير اسمه القانوني^(١) كما لو قال العاقد : بعتك هذا الشيء . بلا ثمن ، أو قال : آجرتك بإيه بلا أجره ، أو بعتك منفعة هذا الشيء شهراً بلا ثمن . فهنا تختلف الأنظار فقد تُصحح التسمية القانونية وفقاً للإرادة الحقيقية للمتعاقدن ، وقد يبطل العقد من أساسه . وقد مال الفقه الحنفى إلى ترجيح الرأي الأخير مستجيباً في ذلك إلى نزعة الموضوعية^(٢) .

(١) ولعل مرد الخلط يرجع إلى أن كلا من العقد الصورى والعقد الذى أعطى تكييفاً خاطئاً malqualifié يلتقيان في إعطاء مظهر خارجى يخالف الحقيقة . وإن كانا يفتريان في حقيقة الأمر افتراضاً يئياً ، ذلك لأن العقد الصورى — مطلقاً كانت صورته أو نسبية — هو عقد لم تنج نية العاقدن إلى تحقيقه ، بيد أن العقد الذى أعطى في تكييفه هو عقد حقيقى جدى اتجهت نية المتعاقدن إلى تنفيذه — مهما كانت النتائج التى يرمى إليها الطرفان — ولكن أعطى تكييفاً خاطئاً لا يتفق مع طبيعة شروطه ونصوصه ، ومن ثم فإن طرق الإثبات تختلف في الحالتين في القانون الوضعى ، فالصورى لا تثبت كمبدأ عام إلا بالكتابة ، بيد أن الخطأ في تكييف العقود يمكن لإثباته بجميع طرق الإثبات ... كذلك للقاضى الحق في تكييف العقود تكييفاً صحيحاً ، وإعطائها الوصف القانونى الصحيح وتطبيق النصوص القانونية الآمرة والسكّلة لإرادة المتعاقدن التى تتفق مع هذا الوصف الصحيح من تلقاء نفسه ، ولا يتقيد بالوصف الذى أعطاه له المدعى أو المدعى عليه (راجع رسالة الدكتور أحمد زكى الشبى ، ص ٣٩ — ٤٧ وانظر أيضاً مرزوق ، الصورية ف ٦٦ ، ص ٩٤) .

(٢) يذهب الأستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهي العام ، ف ٣٥٥ ، ص ٤٣٨) إلى ترجيح الرأي المرجوح الذى يقضى بإعمال الإرادة الحقيقية مستنداً إلى القاعدة الكلية القائلة : إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى الحجاز (المادة ٦١ من أحكام المجلة العدلية) ومعتبراً «التعبير بالبيع والإجارة مجازاً عن الهبة والإعارة» ونحن نرى أن هذه الاستعارة هي محل نظر . وقد صرح الفقهاء برفضها فقد جاء في البحر الرائق (ج ٥ ، ص ٢٧ س ٨) : « اعلم أن المعنى وإن كان معتبراً في البيع ونحوه خاصة ، لابد من صحة الاستعارة ، إذا كان اللفظ مجازاً ، ولذا قالوا لو قال : بعتك هذا بغير ثمن ، كان باطلاً ، ولا يكون مجازاً عن الهبة ، مع أنه أتى بمعناها . وكذا لو قال : آجرتك دارى شهراً بغير شيء ، لا يكون عارية ، مع أنه أتى بمعناها وكذا لو قال : اشتريت منك خدمة عبدك هذا شهراً بكذا وكذا ، فهو لإجارة فاسدة وكذا لو قال : بعت منك منافع هذه الدار شهراً بكذا ، فهي لإجارة فاسدة فلم تعتبر المعنى ، والمسائل في الخلاصة والخاتمة . »

هذا ولسنا نوافق المؤلف على ماذهب إليه أيضاً من أن الرأي الذى رجحه — على فرض صحته — يتفق «والنظر القانونى الحديث في الفقه الاجنبى فيما يسمونه نظرية تحول العقد» (ف ٣٥٥ هامش رقم ١ ص ٤٣٨) « ذلك لأن نظرية التحول لا تندخل إلا إذا قام عقد صحيح على انقاض عقد باطل ، وفقاً للإرادة المفترضة للمتعاقدن أما الامثلة موضوع البحث فلا تمدو أن تكون مجرد تصحيح تسمية التصرف الذى اتجهت لإرادة العاقدن الحقيقية اليه (راجع نظرية الالتزام العامة للدكتور عبد الحى حجازى ، ج ١ ، ف ٤٨٧ مكرر ، ص ٣٨٥)

(٢) الصورية بطريق التستر الجزئي

٤٣٥ — يقصد بالصورية بطريق التستر الجزئي تلك التي تنصب على أحد شروط العقد كأن يذكر في عقد البيع ثمن أكبر من الحقيقي لكي يحال بين الشفيع وحقه في ممارسة حق الشفعة ، أو كأن يذكر في عقد النكاح مهر أكبر من المهر الحقيقي ابتغاء الشهرة .

والقاعدة في الفقه الحنفي في هذه الحالة أن الإرادة الظاهرة لا يهدم أثرها إلا إرادة ظاهرة سابقة أو مرافقة .

وهنا نميز بين حالتين : إما أن يقول المتواطئان عند المواضعة أن الزيادة صورية وإما أن يسكتا عن صورية الزيادة .

ففي الحالة الأخيرة : ذهب الفقه الحنفي إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين . أما في الحالة الأولى : فقد اختلف الرأي فذهب الإمام إلى الأخذ بالإرادة الباطنة في ظاهر الرواية ، وجاء عن طريق غير ظاهر الرواية أنه يجب الأخذ بالإرادة الظاهرة . وإليك ما قال الكاساني في تفصيل أحكام الصورية النسبية :

« فإن كانت في قدره [الثمن] بأن تواضعا في السر والباطن على أن يكون الثمن ألفاً ، ويتبايعان في الظاهر بألفين . فإن لم يقلوا عند المواضعة : ألف منها رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدنا عليه . لأن الثمن اسم للمذكور عند المقد ، والمذكور عند العقد ألفان ، فإن لم يذكر أن أحدهما رياء وسمعة ، تحت تسمية الألفين .

وإن قال عند المواضعة : ألف منهما رياء وسمعة ، فالثمن ثمن السر ، والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد .

وروى عن أبي يوسف أن الثمن ثمن المالنية . وجه هذه الرواية أن الثمن

== هذا ونحن نشك في تقبل الفقه الاسلامي لنظرية تحول العقد ، ذلك لأن هذا الفقه تسوده النزعة الموضوعية كما أسلفنا ، بينما تستند نظرية التحول إلى معيار ذاتي يرمي إلى إعمال الإرادة المفترضة للمتعاقدين (انظر فلاة ، ف ١١٠ ، ص ٣٠٠) وانظر أيضاً مصادر الحق (ج ٤ ، ص ١٥٧) حيث أغفل الدكتور السنهوري الكلام عن تحول العقد إبان عرضه لآثار العقد الباطل مقتصرأ على الإشارة إلى أن معايير الانتقاص في الفقه الإسلامي معايير موضوعية لا ذاتية كما هو الحال في الفقه الغربي

هو المذكور في العقد . والألفان المذكوران في العقد . وما ذكر في المواضعة لم يذكره في العقد فلا يعتبر .

وجه ظاهر الرواية أن ما تواضعا عايه في السر هو ما تماقدا عليه في العلانية إلا أنهما زادا عليه ألفاً أخرى ، والمواضعة السابقة أبطلت الزيادة . لأنهما في هزلانها حيث لم يقصداها فلم يصح ذكر الزيادة في البيع ، فيبقى البيع بما تواضعا عليه وهو الألف^(١) .

أما الشافعية فيمتدون في الحالات السابقة بالعقد الصوري أخذاً بالإرادة الظاهرة بينما يأخذ كل من المالكية وبعض الحنابلة بالإرادة الباطنة^(٢) .

(٣) الصورية بطريق الاسم المستعار

٤٣٦ - تكون الصورية بطريق الاسم المستعار عندما يكلف أحد غيره بالتعاقد جدياً بدلا عنه ، ويخفى بهذه الصورة شخصه حتى على المتعاقد الآخر^(٣) . ويدعى هذا الشخص المكلف بالتعاقد المسخر وهو وكيل عن الطرف الآخر المسخر ، ولسكنه ليس بنائب عنه . بمعنى أن آثار التصرفات التي يجريها المسخر لا تنصب مباشرة في ذمة المسخر ، وإنما تنصب في ذمته ثم ينقل بعد ذلك آثار العقد الذي يجريه بطريق الصورية إلى المسخر .

وبلجاً المسخر عادة للتعاقد عن طريق الصورية باسم مستعار عندما يأنف أن يتعاقد مع من يريد أن يتعاقد معه لمداء شديد بينهما . أو لسبب آخر كما لو كان المسخر ذا ثروة طائلة ويخشى أن يطمع الماقد الآخر بثروته فيأجأ إلى تسكين مسخر صديق أو قريب يدراً به عن نفسه طمع الغير بثروته .

وقد تناولت اللجنة قضية الاسم المستعار وبينت حكمها في الفصل الثاني من كتاب الإفراز (م ١٥٩١ - م ١٥٩٣) .

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٧٦

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف طبعة عام ١٩٤٧ هـ ، ص ٢٣٣ .

(٣) الصورية في الحقوق المدنية السورية للدكتور مأمون الكزبري ، ص ٣٧ .

(ب) الصورية في الإخبارات

٤٣٧ — قد تكون الصورية واردة على الإقرار بمبلغ أو بتصرف لا على إنشائه فيقر المورث مثلاً لبعض ورثته بدين أو بتصرف ليكون ذلك وسيلة لا يثاره على بقية الورثة . والإقرار في هذه الحالة يعتبر باطلاً لانقضاء الإرادة الحقيقية .
جاء في البدائع : « فإن اتفقا على أن يقرأ ببيع لم يكن ، فأقرا بذلك ، ثم اتفقا على أنه لم يكن ، فالبيع باطل ، حتى لا يجوز بأحازتهما ؛ لأن الإقرار بإخبار وصحة الإخبار بثبوت المخبر به حال وجود الاخبار ، فإن كان ثابتاً كان الإخبار صدقاً وإلا فيكون كذباً . والمخبر به هنا وهو البيع ليس بثابت ، فلا يحتمل الإجازة لأنها تلحق الموجود لا المعلوم ^(١) . »

الفرع الثالث

الاختلاف غير المقصود بين التعبير والإرادة

٤٣٨ — إن الاتفاق بين التعبير والإرادة يمكن أن ينفصم بصورة غير مقصودة في حالتين :

(١) الغلط في التعبير . (٢) عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الغلط في التعبير

§ ١ — معلومات تمهيدية

٤٣٩ — يقرض الفقهاء عادة لبحث الغلط في التعبير في موضوعين : الأول في أصول الفقه حيث يبحثونه تحت اسم « الخطأ » في فصل أحكام عوارض الأهلية ؛ والثاني في كتب الفقه ، عندما يعالجون مسائل الفروع .

ولقد أحسن علماء الأصول صنماً عندما بحثوا شوائب الإرادة التماقيدية على حدة في كتب الأصول ، ولكنهم بعدوا عن الدقة عندما أطلقوا عليها تسمية عوارض الأهلية ، « ذلك لأن تأثير هذه العيوب لا يأخذ صفة الدوام أو الثبات إلى حد ما ،

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٧٦ .

وإنما هو طارئ ، إن أثر في حياة الإنسان فإنما يكون تأثيره مؤقتاً ، وإن شئت فقل لا يدوم في الغالب أكثر من الوقت الذي يستلزمه إجراء التصرف المعيب^(١) . «
ولئن عني الفقهاء بجمع شتات مسائل « الخطأ » وتجريد أحكامه في باب مستقل يتميز عن سائر أبواب الفقه ، فهم لم يجهلوه مقصوداً على عقد أو تصرف بالذات ، وإنما تناولوا فيه جميع التصرفات لا التصرفات القولية فحسب بل والتصرفات الفعلية أيضاً ، بل ونجاوزوا ذلك إلى نطاق العبادات والمقوبات .

٤٤٠ — تعريف: وهذا التباين في الموضوعات التي عالجها الأصوليون في باب الخطأ ينمكس أثره على التعريف العام الذي أعطوه لـ « الخطأ » .

(١) فقد عرفه السكال بن همام بأنه : « أن يقصد بالفعل غير المحل الذي تقصد به الجنائية^(٢) . » ومثّل له بصائم يتمضمض ، فسرى الماء الى حلقه ، وراى صيد أصاب إنساناً ؛ فإن الصائم قاصد إدخال الماء إلى فيه ، لا الى حلقه ، الذي هو محل الجنائية والراى قاصد الطير لا الإنسان^(٣) .

(٢) وعرفه صدر الشريعة في متن التقييح : « أن يفعل فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً كما اذا رمى صيداً ، فأصاب إنساناً ، فإنه قصد الرمي ، لكن لم يقصد به الإنسان ، فوجد قصد غير تام^(٤) . »

(٣) وعرفه التفتازاني صاحب التلويح : « أنه فعل يصدر بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه^(٥) . »

(٤) جاء في كشف الأسرار : « الخطأ : فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك الثبوت عند مباشرة أمر مقصود سواه . . . كمن رمى إلى إنسان على أنه صيد ، فهو قاصد إلى الرمي ، لا إلى الرمي إليه ، وهو الإنسان^(٦) . »

(١) عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية للدكتور حسين نوري ، ص ١٢ .

(٢) التقرير والتجيز ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

(٣) أصول الفقه للخضري ، ص ١٣١ .

(٤) التلويح على التوضيح ج ٢ ، ص ١٩٥ ، ص ١ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) كشف الأسرار ، ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

(٥) وجاء في مرآة الأصول: «أنه الفعل عن قصد صحيح غير تام كما إذا رمى صيداً فأصاب إنساناً ، وعدم تمام القصد بعدم تمام قصد محله ، إذ من تمامه قصد محله^(١) . »
(٦) وعرفه ابن مالك بأنه : « وقوع الشيء على خلاف ما أريد^(٢) . »

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها تعريفات عامة ، كما أسلفنا ، تناول التصرفات القولية والتصرفات الفعلية^(٣) ولعل التعريف الذي جاء في التلويح على التوضيح هو أليقها جميعاً بقضية الخطأ في نطاق التصرفات القانونية فقد وصف هذا التعريف الخطأ بأنه « فعل يصدر بلا قصد عند مباشرة أمر مقصود سواء . وإذا شئنا أن نخرج هذا التعريف عن عمومته ، عرفنا الخطأ أو الغلط في التعبير بقولنا إنه : « سبق اللسان أو البنان إلى تعبير غير مقصود عند مباشرة تعبير مقصود سواء^(٤) . »

٤٤١ — وهذا الغلط إما أن ينصب على طبيعة المقد ، أو على محل الالتزام في المقد ، أو على ذاتية ذلك المحل .

ومثال الغلط في ماهية التصرف : ما لو أراد الرجل أن يقول لزوجته « اسقني » فقال لها « أنت طالق » وهذا هو المثال المدرسي الذي يأتي به الفقهاء عادة للغلط في التعبير : وهذا الغلط لدى الأحناف لا يؤثر في قيام التصرف ، فالزوجة في المثال السابق تطلق ، ولا عبرة لاختلاف التعبير عن الإرادة .

ومثال الغلط في ذاتية المحل ما لو قال الأب للخطاب : زوجتك ابنتي « رنا » ، وهو يريد أن يقول « ندا » ، فمقد النكاح هنا ينمقد في حق ما ذكر ، وهو « رنا » ، لا في حق ما أريد ، وهو « ندا » .

(١) مرآة الأصول ، ص ٣٥٨ ، س ١٨ .

(٢) شرح المنار لابن مالك .

(٣) ولعل هذا العموم هو الذي دعا تعريفات المرآة ، والكشف ، والتنقيح إلى إسناد حدوث الخطأ إلى إرادة المخطئ ، ولئن كان هذا الإسناد صحيحاً إلى حد ما في التصرفات الفعلية فهو لا يصدق على التصرفات القولية التي تصدر ، في رأينا ، عن بعض اللاشعور في حالة الخطأ وهذا ما انتبه إليه التفتازاني في تعريفه الذي جعلناه أساساً لتعريفنا المختار .

أما تعريف المنار فهو ليس بمانع لأن حالة التحفظ الذهني التي سبق أن أشرنا إليها والتي يعلن فيها العاقل خلاف ما يضرر تدخل في مفهومه .

(٤) وعرفه الدكتور السنهوري بأنه : « مقابلة التعبير الذي صدر فعلاً عن التعبير الذي أريد فعلاً صدوره ، ولكنه لم يصدر ، لسهو من صاحبه (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٣٨) » .

ويلاحظ من المثالين السابقين أن الغلط لم يؤثر في تكوين الإرادة ، وإنما أوجد اختلافاً بين التعبير والإرادة . ، وذلك لأن التعبير لم يدل على الإرادة الحقيقية ، وإنما دل على إرادة مختلفة وغير موجودة . (فالزوج في المثال الأول لم يكن يريد الطلاق ، وفي المثال الثاني لم يكن يريد الأب زواج ابنته « رنا ») .

٤٤٢ - ويسمى الفقه الغربي هذا النوع من الغلط « الغلط المانع » للدلالة على أن هذا النوع من الغلط يمنع من تكوين العقد - ولسنا نستطيع في الفقه الإسلامي ، وفي المذهب الحنفي بصورة خاصة ، أن ندعو هذا النوع من الغلط بالغلط المانع ، لأنه ليس بمانع فيه من تكوين التصرف ، بل هو كما رأينا في المثالين السابقين لم يمنع من وقوع الطلاق في الحالة الأولى ، وانعقاد النكاح في الحالة الثانية .

ويسمى الفقهاء الإسلاميون هذا النوع من الغلط بـ « الخطأ » و « سبق اللسان » . أما الفقه الحديث فيطلق عليه تسمية « الغلط في التعبير » ، للدلالة على أن الغلط لا يصيب تكوين الإرادة ، وإنما يصيب التعبير في ذاته . بمعنى أن هذا الغلط ينشئ اختلافاً بين التعبير والإرادة^(١) .

(١) ونحن نؤثر تسمية الفقه الإسلامي على هذه التسمية الجعبيه لسببين :
١ - إن كلمة الخطأ تفيد في اللغة العربية مدلولين : مدلولاً تشترك فيه كلمة الخطأ مع كلمة الغلط ، ومدلولاً آخر تنفرد به .

المدلول الأول : ويراد به ما يقابل الصواب ، ومنه يسمى الذنب خطيئة ، ومنه قوله تعالى : « إن قتلهم كان خطئاً كبيراً » .

المدلول الثاني : ويراد به ما يقابل العمد ، كما في قوله تعالى : « ومن قتل مؤمناً خطئاً » وقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » . ولما كان هذا المدلول الثاني هو أليق بالأمثلة التي يوردها الفقهاء عادة لـ « الخطأ » كان لا ممدى لنا من إشار هذه التسمية على التسمية الحديثة .

٢ - وفيما عدا ذلك ، لما كانت التسمية غير المختارة يشترك فيها مفهومان متغايران كل التغاير في حقيقةهما ، وهما : الغلط في التعبير الذي ينصب على وجود الإرادة ذاتها ، والغلط الدافع الذي يقتصر على تعيب الإرادة كما سنرى ، ولما كان معنى الغلط في التعبير أقوى تأثيراً على كيان التصرف من معنى الغلط الدافع ، وكانت تسمية الخطأ أقوى دلالة على مجانبة الصواب والعمد من كلمة الغلط ، كان لا ممدى لنا من أن نختار كلمة الخطأ للدلالة على المفهوم الأقوى ، ولكي يطابق التغاير في القوة من حيث المفهوم تغايراً في القوة من حيث التسمية .

هذا ولما كنا التزمنا في بحثنا هذا أساليب الفقه الغربي ، سنسائر هذا الفقه في تسميته ، مادام هذا الفقه قد خصص اصطلاح « الخطأ » لحالات الإخلال بالتزام تعاقدى ، كما في المسؤولية التعاقدية . أو الإخلال بالتزام قانوني كما في المسؤولية التقصيرية .

أما اصطلاح « سبق اللسان » الذي جعله الفقهاء المسلمون مرادفاً للفظ « الخطأ » فهو ، في رأينا قاصر عن أداء المعنى المطلوب لاقتصاره على التعبيرات اللفظية فحسب .

٤٤٣ — الغلط في التعبير والغلط الذي يعيب الإرادة : هناك فارق كبير بين

الغلط في التعبير والغلط الذي يسبب الإرادة (وهو المسمى بالغلط الدافع إلى التعاقد) من حيث الطبيعة ، ومن حيث الأثر .

فن حيث الطبيعة : إن الإرادة الظاهرة تختلف اختلافاً تاماً عن الإرادة الباطنة في الغلط في التعبير . أما الغلط الدافع إلى التعاقد فلا اتفاق لا ينقسم فيه بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، ذلك لأن الأولى جاءت عن طريق اللسان أو البنان صورة صادقة عن الإرادة الباطنة التي خالطها العيب عند تكوينها في الوجدان^(١) . فإذا اعتقد شخص غلطاً أن لوحة ما من عمل فنان مشهور ، فعبر عن إرادته في شراء تلك اللوحة بالذات ، فإن هذا التعبير لا يختلف عن الإرادة الباطنة في شيء^(٢) .

ومن حيث الأثر : إن الغلط في التعبير يستتبع بطلان التصرف لدى المذهب الشافعي ، ويستتبع فسادَه لدى الأحناف على تفصيل سنراه . أما الغلط الدافع فيستتبع منح العاقد الذي وقع في الغلط خيار الرؤية أو خيار العيب^(٣) ،^(٤) .

٢٨ — جزاء الخلاف بين التعبير والإرادة

٤٤٤ — عرّفنا سابقاً الغلط في التعبير بأنه صدور تعبير غير مقصود عند مباشرة

تعبير مقصود سواه . وتساءل الآن عن موقف المشرع من المفاضلة بين التعبير غير

(١) انظر ما سبق ، ف ٢٩٠ ، ص ٢٩١ .

(٢) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحمى حجازي ف ٤٢٧ ص ٣٣٨ .

(٣) انظر بحثاً قيمياً عن الغلط الدافع حرره أستاذنا السهوري في مصادر الحق ج ٢ ،

ص ١١١ — ١٥٦ . وانظر أيضاً رسالة « نظرية الباعث في الفقه الحنفي » لبدرو ديب .

(٤) ويلاحظ أن الأستاذ الدكتور السهوري قد فسر كلمة « الخطأ » الواردة في كتب الفقه

على أنها « الغلط الدافع » لا « الغلط في التعبير » بدليل أنه أورد نصاً للكاساني ذكر فيه كلمة

« الخاطيء » للاستشهاد على الغلط الدافع إلى التعاقد . جاء في مصادر الحق (ج ٢ ، ص ١٣٦) :

« وفي الوصية كذلك تبرز شخصية الموصي له وتكون محل اعتبار ، ومن ثم تقرأ في البدائع

(ج ٧ ص ٣٣٥) : « ومنها (أي من شرائط الركن) رضا الموصى . . . فلا بد فيه من الرضا . . .

فلا تصح وصية المازل ، والمكره ، والخطيء ، لأن هذه العوارض تفوت الرضا » .

وواضح أن الكاساني قصد من كلمة « الخاطيء » من وقع في غلط في التعبير ، لا من وقع في

غلط دافع إلى التعاقد .

المقصود (وهو الإرادة الظاهرة التي زل بها اللسان أو القلم دون أن تتجه الإرادة الحقيقية إليها) والتعبير المقصود . وهل يعمل الشارع على الإرادة الظاهرة التي زل بها اللسان أو القلم دون أن تتجه الإرادة الحقيقية إليها ، أم يعمل على الإرادة الباطنة ، التي ظلت محاولة في أعماق النفس ولم تنتقل من حيز القوة إلى حيز الفعل ؟ وبمباراة أخرى أبحرتم الفقه الإسلامي الإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة في حالة انفصام الإرادتين في الغلط في التعبير ؟

لم يقف الفقه الإسلامي في مجابهة هذه المشكلة موقفًا موحدًا ، وإنما اختلفت الحلول التي قدمتها مذاهبه لمعالجها ، فالبعض منها ذهب إلى إثبات الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . والبعض الآخر ذهب إلى إثبات الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة . ونبحث فيما يلي هاتين النظريتين .

(١) نظرية الإرادة الظاهرة

٤٤٥ — انحاز الأحناف إلى جانب الإرادة الظاهرة في حالة انفصام التعبير عن الإرادة في حالة الغلط في التعبير ، بينما ذهب الشافعية إلى الاعتداد بالإرادة الباطنة ، ولعل مرد الخلاف بين هذين المذهبين يرجع إلى اختلافهما في توافر إرادة التعبير لدى من وقع في الغلط .

أ توجد إرادة التعبير لدى من يسبق لسانه إلى تعبير غير مقصود منه ؛ وإذا وجدت هذه الإرادة ، أفيعمل عليها مباشرة أم بالواسطة ؟

ذهب الشافعية إلى انتهاء إرادة التعبير عند من يغلط في تعبيره ، وقرروا من ثم إبطال هذا النوع من التعبيرات . أما الأحناف ، فقد ذهبوا إلى توافر إرادة التعبير عند من يغلط في تعبيره . وعولوا في تحسّسها على معيار موضوعي ، وقرروا صحة هذا النوع من التعبيرات عند توافر ذلك المعيار . وتكلم فيما يلي في هذا المعيار الموضوعي تنازع الفقه الحنفي في قضية الغلط في التعبير عاملان : عامل ذاتي يقضى باحترام الإرادة الحقيقية ، وجعلها مناطاً لقيام التصرف أو إهياره . وعامل موضوعي يقتضي التعويل على قرائن ظاهرة يفترض معها وجود الإرادة الحقيقية الخفية ، وجعل هذه القرائن الظاهرة مناطاً لقيام التصرف لا الإرادة الحقيقية التي يتمسر الوصول إليها .

ويبدو أن الفقه الحنفي ، قد انتهى إلى تغليب العامل الموضوعي على العامل الذاتي مستجيباً في ذلك لثبوته الموضوعية ، ورغم اعترافه بأن هذا العامل الأخير هو الأصل لدى يجب أن يعتد به .

جاء في متن التفتيح في تقرير هذا الأصل : « إن الأصل أن لا تعتبر الأعمال إلا وأن تكون صادرة عن العقل بلا سهو وغفلة . وأما إذا كانت صادرة عن سهو وغفلة ، يجب أن لا تعتبر ، ولا يؤخذ الإنسان بها . لقوله تعالى : « ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا » ، ولأن السهو والغفلة مركوزان في الإنسان فيكونان عذراً^(١) .

٤٤٦ - (١) البلوغ فريضة على الإختبار : وقد لجأ الأحناف إلى إعمال هذا العامل الموضوعي عن طريق اعتبار بلوغ الإنسان عن عقل ، قرينة غير قاطعة على وجود إرادة التعبير لدى هذا البالغ العاقل ، ومن ثم على تطابق هذه الإرادة الباطنة مع كل إرادة ظاهرة تصدر عنه .

وقد بنى الأحناف هذه القرينة التي استنبطوا منها أمراً غير ثابت ، وهو إرادة التعبير ومطابقتها للإرادة الظاهرة ، من أمر ثابت وهو البلوغ عن عقل ، على الغالب من الأحوال .

ويقول صاحب متن التفتيح في هذا الصدد : « لكن هذا — أي الأمر غير الثابت وهو مطابقة التعبير للإرادة — أمر لا يوقف عليه إلا بالخرج ، فأقننا البلوغ — الأمر الثابت — مقام دوام العقل من غير سهو وغفلة ، إقامة للدليل مقام المدلول . فإن السهو والغفلة إنما يمرضان لنقصان العقل . فإذا كمل العقل بكثرة التجارب عند البلوغ لا يقع السهو والغفلة إلا نادراً . وكل عمل صدر عن العاقل البالغ ، اعتبر في جميع الأوقات صادراً عن العقل ، بلا سهو ، وغفلة . ولم يعتبر أنه ربما يسهو في وقت ما^(٢) . »

٤٤٧ - (٢) البلوغ فريضة نقبل الدليل العكسي : على أن قرينة قيام البلوغ عن عقل مقام الإرادة ، نظراً لابتنائها على الغالب من الأحوال ، وتقريرها في صيغة

(١) تنقيح الأصول لصدر الشريعة ، ج ٢ ، ص ١٩٥ .

(٢) المرجع السابق .

عامة بالنظر إلى حالة نموذجية مجردة — كما يفيد ذلك صاحب التنقيح — تقتضى جواز إثبات عكسها فى كل حالة معينة لاحتمال عدم مطابقتها للواقع فى هذه الحالة^(١) .

فى حالة النائم والمغمى عليه اللذان لاتدع ظروفهما مجالا للشك فى انتفاء الإرادة لديهما ، تدحض قرينة قيام البلوغ عن عقل ، مقام توافر الإرادة ، ويعتبر كل منهما معدوم الإرادة ، وعليه فإن عدم قطعية هذه القرينة لاتدع مجالا للقول بأن النسائم يجب أن يكون مريداً للتعبير .

جاء فى كشف الأسرار فى هذا المعنى : « إن الشيء إنما يقوم مقام غيره بشرطين أحدهما : أن يصلح دليلا عليه . الثانى : أن يكون فى الوقوف على الأصل حرج لخفاؤه فينقل الحكم عند وجود الشرطين إلى دليل ، ويقام مقام المدلول ، تيسيراً ، ودفعاً للحرج . وأحد الشرطين فى حق النسائم مفقود ، لأنه لا حرج فى الوقوف على العمل بأصل العقل ، فإنه يعرف بالمظر فيما يأتیه ، وبذره . ونحن نعلم يقينا ، أن النوم ينافى العمل بالعقل ، لان النوم مانع من استعمال نور العقل ، فكانت اهلية القصد معدومة بيقين من غير حرج فى دركه ، فلا يصح فى حقه إقامة البلوغ عن عقل مقام انتفاء الشرط^(٢) » .

وفى متن التنقيح : « وإنما لم نقم البلوغ مقام اليقظة حتى أبطلنا عبارات النائم . . إذ لا حرج فى درك اليقظة . . ولا يحتاج إلى إقامة الدليل مقامها . فإن الأصل أن الأمور الخفية التى يتمذر الوقوف عليها تقيم ما هو دليل عليها مقامها كالفكر مقام المشقة ، أما الأمور الظاهرة ، فلا^(٣) » .

وفى مرآة الأصول : « قلنا أفيم البلوغ عن عقل مقام العمل بالعقل بلا سهو وغفلة لأنه خفى لا يوقف عليه بلا حرج ، ولم يقم مقام القصد فى النائم والمغمى عليه ، لأن السبب الظاهر إنما يقام مقام الشيء عند خفاء وجوده وعدمه . وعدم القصد فى النائم مدرك بلا حرج . ولما كان عدم القصد فى النائم مما لا يعسر الوقوف عليه ، لم يحتاج إلى إقامة شيء مقامه ، بل جعل الحكم متعلقا بحقيقته^(٤) »

(١) أصول الإثبات للدكتور سليمان مرقس ، ف ١٦٣ ، ص ٢٧٠ .

(٢) كشف الأسرار ، ج ٤ ، ص ٣٨١ .

(٣) تنقيح الأصول ، ج ٢ ، ص ١٩٥ .

(٤) مرآة الأصول ، ص ٣٥٨ .

وفي التقرير والتحجير : « إن عدم القصد في النسائم ظاهر للملم يقينا بأن النوم ينافي أصل العمل بالعقل ، لأنه مانع عن استعمال نوره ، فكانت أهلية القصد معدومة بيقين من غير حرج في دركه ، فأقيم تمييز البلوغ عن عقل مقام القصد ، لانتفاء الشرط ، ففارق عبارة النائم عبارة الخطي^(١) »

وقد يتساءل سائل لماذا لم يتم البلوغ مقام الرضا (إرادة الأثر) واقتصر على إقامته مقام الاختيار (إرادة التعبير) في التصرفات القابلة للفسخ ؟

يجيب عن ذلك الأصوليون بأننا لم نقيم البلوغ مقام الرضا ولم نعتبر تصرفات البالغ دوماً صحيحة بناء على الأول ، لأنه لا حرج في إدراك الثاني . إن ظاهرة انتفاء الرضا - وهو أمر مدرك - تدحض قرينة قيام البلوغ عن عقل مقامه .

ويشير صاحب الكشف لقصور قرينة البلوغ عن عقل عن القيام مقام إرادة الأثر في التصرفات التي تحتل الفسخ ، إذ يقول :

« والرضا عبارة عن امتلاء الاختيار ، أى بلوغه نهايته ، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر ، من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها ، كما يفضي أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب . ولهذا فلم يجز إقامة غير الرضا ، وهو البلوغ عن عقل ، مقامه ، لأنه ليس بأمر باطن ، بل يتعلق الحكم بذلك السبب الظاهر ، وهو ظهور أثره ، لا بأهلية الرضا^(٢) » .

وفي متن التنقيح « وإما لم يتم البلوغ مقام الرضا في التصرفات المبنية على الرضا كالبيع ونحوه . إذ لا حرج في درك الرضا ، ولا يحتاج إلى إقامة الدليل مقامه . فإن الأصل أن الأمور الخفية التي يتعذر الوقوف عليها تقيم ما هو دليل عليها مقامها كالسفر مقام المشقة . أما الأمور الظاهرة فلا^(٣) » .

وعندى أن هذا الجواب لا يحل الإشكال وهو يتأى عن الصواب ، ذلك لأن

(١) التقرير والتحجير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

(٢) كشف الأسرار ، المرجع السابق .

(٣) متن التنقيح ، المرجع السابق .

الرضا ليس بالأمر الظاهر وليس يرتبط بالحكم به كما يقول صاحب الكشف بل هو أمر باطن والحكم يناط بالصيغة لابه وهذا أمر يقرره الأصوليون بجلاء عند بحثهم لارتباط الحكم بالظنة دون المثنة .

والخلاصة : أن بلوغ العاقد وعقله هما قرينة غير قاطعة على اتجاه إرادة العاقد إلى التعبير ، وهي تدحض بكل حالة ظاهرة تسفر بيقين عن انتفاء الإرادة كحالة النائم ، وحالة العاقد في التصرفات القابلة للفسخ الذي لا تضيء وجهه بشاشة الرضا .

أولا : أثر الغلط في التعبير في التصرفات غير القابلة للفسخ

٤٤٨ — عرفنا سابقا أن التصرفات غير القابلة للفسخ لا تستلزم لصحتها توافر نية إحداث الأثر القانوني ، بل يكفي لتكوينها توافر إرادة التعبير .

ونورد فيما يلي النصوص الفقهية التي يشير فيها صاحب البدائع إلى وجوب الأخذ بالإرادة الظاهرة في التصرفات غير القابلة للفسخ التي وقع فيها غلط في التعبير .

(١) عقد النكاح : قديم الغلط في التعبير إما في ماهية التصرف ، أو في ذاتية محل العقد .

(١) الغلط في ماهية التصرف : جاء في البدائع : « وكذلك العمد ليس بشرط حتى يجوز نكاح الخاطيء ، وهو الذي يسبق لسانه كلمة النكاح من غير قصده . وعند الشافعي شرط . والصحيح قولنا ؛ لأن الثابت بالخطأ ليس إلا القصد . وأنه ليس بشرط لجواز النكاح بدليل نكاح الهازل^(١) » .

(ب) الغلط في ذاتية المحل : جاء في المختار : « ولو له بنتان أراد تزويج الكبرى فغلط فسمها باسم الصغرى ، صح للصغرى ، خاتمة — قوله ولو له بنتان — أي بأن كان اسم الكبرى عائشة مثلا ، والصغرى فاطمة . فقال : زوجتك بنتي فاطمة ، وقبل ، صح العقد عليها ، وإن كانت عائشة هي المرادة^(٢) » .

(١) البدائع ، ج ٢ ، ص ٣١٠ ، س ١٠ .

(٢) رد المختار ، ج ٢ ، ص ٢٨٢ — ٢٨٣ . وانظر فتح القدر ، ج ٢ ، ص ٣٨٥ ،

(ح) الغلط في التعبير عن إرادة التوجيه (١) :

جاء في رد المحتار : « قلت وبه يعلم بالأولى حكم ما يكثر وقوعه حيث يقول : « زوج بنتك لابني » فيقول له « زوجتك » فيقول الأول : « قبلت » فيقع العقد للأب والناس عنه غافلون . وقد سئلت عنه فأجبت بذلك ، وبأنه لا يمكن للأب تطبيقها وعقده للابن ثانياً ، لحرمتها على الابن مؤبداً ومثله ما يقع كثيراً أيضاً حيث يقول : « زوجتني بنتك لابني » فيقول : « زوجتك » فإن قال الأول : « قبلت » انعقد النكاح لنفسه ...

وبقي أيضاً قولهم : « زوجتك بنتي لابنك » فيقول : « قبلت » ويظهر لي أنه ينعقد للأب ، لإسناد الترويج إليه ، وقول أبي البنت « لابنك » معناه « لأجل ابنك » فلا يفيد . وكذا لو قال الآخر « قبلت لابني » لا يفيد أيضاً

نعم لو قال : « أعطيتك بنتي لابنك » فيقول : « قبلت » فالظاهر أنه ينعقد للابن ، لأن قوله « أعطيتك بنتي لابنك » معناه في العرف « أعطيتك ابنتي زوجة لابنك » وهذا المعنى وإن كان هو المراد عرفاً من قولهم « زوجتك بنتي لابنك » ، لكنه لا يساعده اللفظ كما علمت ، والثنية لا تنفع وحدها (٢) . ونحن لا نجاري ابن عابدين في اجتهاده هذا في الأمثلة الأخيرة بل نأخذ عليه مجانبته للعرف وهو الداعي إلى العمل به بحرارة في رسالته الشهيرة عن العرف .

(٢) الطلاق :

جاء في البدائع : « وكذا كون الزوج عامداً ليس بشرط حتى يقع طلاق الخطأ ، وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق . لأن الغائت

(١) المنصر المعنوي في التصرف يتكون ، كما هو ظاهر ، من : إرادة التعبير ، وإرادة الأثر ، وإرادة التوجيه أو الإعلام (راجع ماسبق ف ٣٧ ، ص ٣٧) . وإذا ما انفصلت المطابقة بين إرادة التوجيه ، والتعبير عنها أصبحنا أمام حالة يمكن أن نطلق عليها : الغلط في إرادة التوجيه ، كما هو الحال في الأمثلة التي أشار إليها ابن عابدين .

(٢) رد المحتار ، المرجع السابق .

بالخطأ ليس إلا القصد ، وانه ليس بشرط لوفوع الطلاق كالمأزل واللاعب بالطلاق وكذلك المتناق لما قلنا في الطلاق^(١) .

وجاء في العقود الدرية : « شخص أراد أن يقول لزوجته : « أنت خارجة عن طاعتي » فسبق لسانه وقال : « خارجة عن عصمتي » ، فهل يكون صريحا ويقع الطلاق أو كناية فيفتقر إلى النية ؟ .

الجواب : لا يقع عليه الطلاق ديانة . ويقع قضاء . قال في الخلاصة : وطلاق المأزل وطلاق الذي أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع . وقال السكال : وقوله فيمن سبق لسانه واقع ، أى في القضاء . . هذا كله على تقدير أن يكون قوله : « خارجة عن عصمتي » ملحقا بالصريح . أما على تقدير ، أن يكون من الكناية ، وهو الظاهر فلا يقع في القضاء أيضا إلا بالنية ... وأفاد في الدر المختار : إن المخطيء هو الذي أراد التكلم فجري على لسانه الطلاق أو تلفظ به غير عالم بمعناه ، أو غافلا أو ساهيا ، أو بألفاظ مصحفة ، يقع قضاء فقط^(٢) .

في أصول الفقه للخضري : « وأوقع الحنفية طلاق المخطيء قضاء ، لأن الغفلة عن معنى اللفظ خفي ، وفي الوقوف على قصده حرج ، لأنه أمر باطن ، وله سبب ظاهر ، وهو العقل والبلوغ ، فأقيم تمييز البلوغ مقامه^(٣) »

وفي التقرير والتحجير : « ويقع طلاقه بأن أراد أن يقول مثلا : اسقني ، فجري على لسانه أنت طالق^(٤) »

وفي فتح القدير . « لو جرى على لسانه من غير قصد « إن شاء الله » لا يقع ، وحكي عندنا فيه خلاف : قال خلف . يقع وقال أسد لا يقع ، وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت أبا يوسف في النوم ، فسأله ، فقال : لا يقع^(٥) » .

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٠ .

(٢) العقود الدرية ، ج ١ ، ص ٤٣ ، س ١٩ .

(٣) أصول الفقه للخضري ، ص ١٣١ .

(٤) التقرير والتحجير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

(٥) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٤٣ ، ص ٢٢ .

(٣) الرجمة :

جاء في البدائع : « تصح الرجمة مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ ، لأن الرجمة استبقاء النكاح . وأنه دون الإنشاء ، ولم تشترط هذه الأشياء للإنشاء ، فلأن لا تشترط للاستبقاء أولى ^(١) » .

(٤) المتاق :

جاء في البدائع : « وكذا كونه عامدا ليس بشرط ، حتى يصح إعتاق الخاطئ . لما ذكرنا في الطلاق ^(٢) » .

وبلاحظ أن المذهب الحنفي ينتظم رأيين فيما يتعلق بالمتاق ؛ رأى يقول بوجوب الاعتماد بالإرادة الظاهرة في تعبير الخاطئ ، ورأى يقول بوجوب الاعتماد بالإرادة الباطنة للمعتق الخاطئ .

جاء في البدائع : « وذكر الكرخي أن في المتاق روايتين . فإن هشاماً روى عن محمد عن أبي حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته « اسقيني ماء » فقال لها : « أنت طالق » وقع . ولو أراد ذلك في العبد . فقال : « أنت حر » لم يقع .

وروى بشر بن الوليد السكندی عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنهما يتساويان ، وهو الصحيح ، لما ذكرنا .

وجه رواية هشام ، أن ملك البضع يثبت بسبب يتساوى فيه القصد وعدم القصد ، وهو النكاح ، فعلى ذلك زواله . بخلاف ملك العبد ، فإنه يثبت بسبب مختلف فيه القصد وعدم القصد ، وهو البيع ، ونحو ذلك ، فكذلك زواله . وهذا ليس بسديد ؛ لأنه قد يشترط لثبوت الحكم من الشرائط ما لا يشترط لزواله ، فكان الاستدلال بالثبوت على الزوال استدلالاً فاسداً ^(٣) » .

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٨٦ ، س ٣٤ .

(٢) البدائع ، ج ٤ ، ص ٥٥ .

(٣) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٠ .

(٥) اليمين :

جاء في البدائع : « وكذا الجذ والعمد [ليس بشرط] فتصح [اليمين] من الخاطئ ، والهازل عندنا خلافاً للشافعي ^(١) » .

وجاء أيضاً : « يصحظهار المكره والخاطئ كما يصح طلاقهما ^(٢) » .

٤٤٩ — دور الحكم التلطيقي : يتضح من الأمثلة التي سبق أن أوردناها أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة حال انفصامها عن الإرادة الباطنة يفضي إلى إغفال الإرادة الحقيقية والساس من ثم عبداً سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي ، ولئن دعا الاعتداد بالعنصر المادي في مجال الحكم القضائي إلى هذا الإغفال ، فإن احتفال الحكم الدياني بالعنصر المعنوي قين بتلافي محاذيره .

ولقد رأينا سابقاً أن الحكم الدياني يقوم بدور مماثل في حالات التحفظ الذهني ^(٣) ويلاحظ أن الحاجة إلى تلطيف الحكم الدياني هي أكثر وضوحاً في حالات الغلط في التعبير مما هي عليه في حالات التحفظ وذلك لتخلف إرادة التعبير في الأولى دون الثانية . أما في حالات الهزل فلقد رأينا أن الحكم الدياني يحجم عن القيام بدوره زجراً للهازل العابت ^(٤) .

ويستند الفقهاء في إغفالهم للألفاظ غير المقصودة من الوجهة الديانية إلى حالتى النائم واللاغى في اليمين . فهم يرون قياس اللفظ غير المقصود من المستيقظ على حالة الكلام الصادر من النائم أو اليمين الصادرة من اللاغى . فكما أن الشارع قد رفع القلم عن النائم في الحديث القائل : « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » .

وكما أن الشارع قد رفع المؤاخذه عن اللاغى في الآية الكريمة : « لا يؤاخذكم الله

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١١ ، س ١٨ .

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ٢٣١ ، س ٣ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٣٩٢ .

(٤) راجع ما سبق ، ف ٤١٤ .

باللغو في أيمانكم » . فكذلك يرفع المؤاخذة الديبانية عن كل حالة مماثلة يخلو فيها كلام صاحب التعبير عن القصد .

ونورد فيما يلي نصاً هاماً جاءت الدعوة فيه إلى الاعتداد بالإرادة الحقيقية في نطاق الحكم الديباني صراحة على لسان الفقيه المحقق السكّال بن همام ، وهو يعتبر بحق نصير العامل الذاتي في الفقه الحنفي .

قال : « وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجري على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعمل عليه ^(١) . والذي يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى وقوله فيمن سبق لسانه واقع ، أي في القضاء . . . بخلاف الهازل ، لأنه مكابر باللفظ ، فيستحق التغليظ ، وسيدكر في « أنت طالق » إذا نوى به الطلاق من وثاق يدين [يصدق] فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب . . . والحاصل أنه أن قصد السبب علماً بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه ، أراده هو لم يردده ، إلا أن أراد ما يحتمله . وإنما إن لم يقصده ، أو لم يدر ما هو ، فيثبت الحكم عليه شرعاً ، وهو غير راض بحكم اللفظ ، ولا باللفظ ، فمما ينبو عنه قواعد الشرع . وقد قل الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » وفسر أمرين : أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب ، عالم بحكمه ، فالغاؤه لغاطه في ظن المحلوف عليه . والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد إلى اليمين ، كلا والله ، بلى والله . فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده إليه فهذا تشريع لمباده ، أن لا يرتبوا الأحكام على الأشياء التي لم تقصد ، وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لا قصد له إلى اللفظ ، ولا حكمه ، وإنما لا يصدقه غير العليم الخبير وهو القاضي .

وفي الحاوي معزواً للجامع الأصغر أن أسداً سئل عن أراد أن يقول : « زينب طالق » فجري على لسانه « عمرة » على أيهما يقع الطلاق . فقال في القضاء

(١) جاء في البحر الرائق أيضاً ما يشير إلى وجوب الأخذ بالإرادة الظاهرة في نطاق الحكم القضائي والحكم الديباني في التصرفات القابلة للفسخ . قال صاحب البحر : « ولو أراد أن يقول بعثتك هذا بألف فسبق لسانه بغيره فهو على المذكور في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى » .

تطلق التي سمي ، وفيما بينه وبين الله تعالى ، لا تطلق واحدة منهما . أما التي سمي فلا أنه لم يردّها ، وأما غيرها فلا أنها لو طلقت ، طلقت بمجرد النية ، والله سبحانه أعلم^(١) : وجاء في كتاب الوسيط في أصول فقه الحنفية للأستاذ أبي سنة في هذا المعنى : « إن ترتب الأحكام على الصريح ديانة ، عند غلط المتكلم أو جهله بمعناه ، كما هو المروي عن فقهاء الحنفية ، محل نظر ، لأن الغلط غير قاصد للسبب والحكم ، والجاهل قاصد للسبب دون الحكم . ومقتضى الفقه فيهما ثبوت الحكم قضاءً فقط لأنه مبني على الظاهر ، والظاهر فيمن يتكلم بالسبب أنه يريد حكمه .

أما ديانة فلا . لأن الله تعالى العالم بخفايا النفوس إنما يبنى الحكم على نوايا الناس وقصودهم . والأصل في ذلك النائم واللاغي في اليقين .

— فإن القلم مرفوع عن النائم ديانة وقضاء .

— وقد قال الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » وفسر اللغو كما عن الصحابة والتابعين مرة بما يجري على اللسان من غير قصد . وأخرى بما ظن خطأ . فعلى التفسير الأول ، أبطل الشارع اليقين لعدم القصد أصلاً . وعلى الثاني ، أبطلها لغلطه في ظنه ، مع أنه قاصد للسبب والحكم .

فهذا مبدأ تشريعي بالألا يرتب الناس الأحكام على أسباب لم تقصد^(٢) .

ثانياً : أثر الغلط في التعبير في التصرفات القابلة للفسخ .

٤٥٠ — عرفنا سابقاً أن التصرفات القابلة للفسخ هي التصرفات التي يكفي لانمقادها إرادة التعبير ويشترط لصحتها إرادة الأثر .

ويلاحظ أن الغلط في التعبير عندما يقع في هذه التصرفات إما أن لا يصدق مدعيه من الطرف الآخر وإما أن يصدق وعليه يقيم علينا دراسة جزاء الغلط في هاتين الحالتين :

(١) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ٤٥ — ٤٦ . وانظر التحبير والتقرير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

(٢) الوسيط في أصول فقه الحنفية للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة ، ص ٧٣ .

٤٥١ - الحالة الأولى : إذا وقع العاقد في غلط في التعبير كمشتري قليل له : بعتك هذا الحصان بمائة ليرة ، فلما استكثر الثمن أراد أن يقول : علمت ، فسبق لسانه ، فقال : قبلت ، من غير إرادة منه . ففي هذه الحالة إذا ادعى المشتري الغلط ، ولم يصدقه البائع ، يؤخذ بالإرادة الظاهرة للمشتري ، وينعقد العقد ، ولا يبحث عن إرادته الحقيقية المخالفة ، لأن مغايرة هذه الإرادة للإرادة الأولى أمر باطنى ، لا سبيل إلى معرفته إلا من الخاطئ ، بأن يقول أخطأت . والبائع على تصحيح العقد هو استقرار التعامل وصيانة حقوق العاقد الآخر عن الضياع .

جاء في البحر الرائق : « ولو أراد أن يقول : « بعتك هذا بألف » فسبق لسانه لغيره ، فهو على المذكور في القضاء ، وفيما بينه وبين الله تعالى ^(١) . »
وجاء في البرازية : « غلط في اسم المبيع بأن أراد أن يقول هذا العبد ، فقال : هذه الجارية ، فعلى ما تلفظ في القضاء ^(٢) » .

٤٥٢ - الحالة الثانية : لم ينقل عن أئمة الفقه الحنفى من الروايات ما يشير إلى حكم عقد الخاطئ . إذا صدقه خصمه في العقود القابلة للفسخ ، وهل هو صحيح أم فاسد أم باطل ؟ .

أمام سكوت النصوص نجد فقهاء المذهب الحنفى يحددون حكم هذا العقد على صور ثلاث :

(١) رأى ذهب إلى قياس عقد الخاطئ على عقد المكره .

(٢) ورأى ذهب إلى قياس عقد الخاطئ على عقد الهازل .

(٣) ورأى ذهب إلى بطلان عقد الخاطئ .

ولعل مصدر الخلاف بين هذه الآراء الثلاثة يرجع إلى اختلافها في مدى اعترافها بوجود إرادة التعبير لدى الخاطئ . فالرأى الأول يذهب إلى الاعتراف بوجود هذه الإرادة . أما الرأيان الآخران فهما ينكران وجودها . ويلتزم الرأى الأخير نتيجة هذا الإنكار فيقرر بطلان العقد . بينما يجانب الرأى الثانى هذه النتيجة فلا يقرر بطلانه .

(١) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٦٦ ، س ١٤ .

(٢) الفتاوى البرازية ، ج ٤ ، ص ٣٦٥ .

٤٥٣ — الرأى الأول : يعترف هذا الرأى ، كما أسلفنا ، بوجود إرادة التعبير ،

وهو يعترف فى الوقت نفسه ، بأنها ليست على مصاف واحد من حيث القوة مع إرادة التعبير لدى المكروه ، بل هى دونها درجة من حيث العفوية . ولئن كان الماء يجرى عفوا خاضعاً فى ذلك إلى مبدأ طبيعى هو مبدأ توازن السوائل ، وكان طول قامة الإنسان وقصرها أمرين عفويين خارجين عن إرادته ، فليس كذلك التعبير لدى الخاطئ* بل هو لا يخلو من كونه عملاً إرادياً ، وإن كان عنصر الاختيار فيه أو هى منه عند المكروه .

وإليك ما قاله صاحبها هذا الرأى : البزدوى ، ومنلا خسرو .

جاء فى كشف الأسرار : « وإذا جرى البيع على لسان المرء خطأ بأن أراد أن يقول : سبحان الله ، فجرى على لسانه : « بعت هذا العين بكذا » ، وقال الآخر : « قبلت » ، وصدقه على الخطأ خصمه ، — ولا يمكن إثباته إلا بهذا الطريق — يجب أن ينمقد انعقاد بيع المكروه فاسداً — ولا رواية فيه عن أصحابنا — لوجود الاختيار وضماً ، يعنى جريان هذا الكلام على لسانه فى أصل وضعه اختيارى ، وليس بطبيعى كجريان الماء ، وطول القامة ، فينمقد ، ولا ينفذ قوله ^(١) . »

وفى مرآة الأصول : « وينبغى أن ينمقد بيمه بلا نفاذ إذا صدقه خصمه ، يعنى إذا جرى البيع على لسانه خطأ ، بأن أراد أن يسبح فجرى على لسانه « بعت هذا العين منك بكذا » ، وقال الآخر « قبلت » مصداقاً إياه فى خطأه ينبغى أن ينمقد البيع — يعنى لا رواية فيه عن أصحابنا — ولكن مقتضى الأصل أن ينمقد فاسداً كبيع المكروه لوجود أصل الاختيار نظراً إلى أن الكلام اختيارى ، ويفسد لقوات الرضا ^(٢) . » ويلاحظ أن الفقهاء يضعون الخطأ دوماً إلى جانب الهزل والإكراه ، ويعتبرونها جميعاً نافية للرضا ، ومفسدة للمقد .

جاء فى البدائع : « فلا تصح وصية الهازل والمكروه والخاطئ ؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا ^(٣) »

(١) كشف الأسرار ، ج ٤ ، ص ٣٨١ .

(٢) مرآة الأصول ، ص ٣٥٨ .

(٣) البدائع ، ج ٧ ، ص ٣٣٥ .

وجاء أيضاً : فلا يصح مع الكراهة والهزل والخطأ : لأن هذه الدواض تنافى
الرضا ، فتمنع صحة الاجارة ، ولهذا منعت صحة البيع ^(١) »

وجاء أيضاً : « لاتصح الكتابة مع الإكراه والهزل والخطأ ، لأنها من التصرفات
التي تحتل الفسخ ، فيفسدها السكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه ^(٢) »

٤٥٤ — **الرأى الثانى :** يذهب الرأى الثانى والثالث إلى أن إرادة التعبير معدومة

لدى الخاطيء ، ثم اختلفا ، فالتزم الرأى الأخير النتيجة المنطقية التي تترتب على إنكاره
للإرادة ، وقضى ببطلان تصرف الخاطيء لخلوه عن العنصر المعنوى بشرطيه : إرادة
التعبير وإرادة الأثر . وذهب الرأى الثانى إلى عدم التزام ما يترتب على إنكاره لإرادة
التعبير ، فلم يجرؤ على ابطال عقد الخاطيء ، بل آثر إعطاءه درجة من الفساد هي دون
الدرجة المعطاة لعقد السكره وأعنى بها درجة فساد عقد الهازل . ويؤخذ على هذا الرأى
الأخير تناقضه في أقواله ، فهو بينا يعترف بوجود إرادة التعبير لدى الهازل وانتفاءها
لدى الخاطيء ، لا يجد حرجاً من قياس الأول على الثانى على ما بينهما من فارق .

قال السكال بن همام صاحب هذا الرأى : « وكذا قالوا ينمقد بيع المخطيء بأن أراد أن
يقول : سبحان الله فجرى على لسانه « بت هذا منك بألف » وقبل الآخر ، وصدقه
في أن البيع خطأ منه ، إذ لا يمكن إثباته إلا بهذا الطريق — بيعاً فاسداً ، ولا رواية
فيه عن أصحابنا . واسكن يجب هذا الاختيار في أصله — أى لأن هذا الكلام صدر
عنه باختياره أو لإقافة البلوغ عن عقل مقام القصد وعدم الرضا — فينمقد
للاختيار في أصله ، فيفسد لعدم الرضا حقيقة كبيع السكره فيملك البديل بالقبض . وينبنى
أن لا يكون كالسكره بل كالهازل بل فوقه ، فقال والوجه أن المخطيء فوق الهازل إذ لا
قصد للمخطيء في خصوص اللفظ ولا حكمه ، فاته غير مختار ولا راض بالتكلم
بخصوص اللفظ ولا بحكمه ، فأقل الأمر أن يجعل كالهازل ، فلا يملك المبيع بالقبض
كالهازل والله تعالى أعلم ^(٣) . »

(١) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٧٩ .

(٢) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٣٦ .

(٣) التقرير والتحجير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

٤٥٥ — الرأى الثالث : قال به الأستاذ على الخفيف ويذهب إلى أن الخطأ

لا إرادة له وهو مغلوب على أمره في انحرافه عن التعبير المقصود إلى التعبير غير المقصود.

جاء في أحكام المعاملات في بيان هذا الرأى : « ومن هذا القبيل عبارة الخطأ .
كشتر قيل له : بمتك هذا الكتاب بجنيه ، فلما استكثر الثمن ، أراد أن يقول
رفضت ، فسبق لسانه ، فقال قبلت ، على غير إرادة منه ، وعليه فلا يعتمد بها لذلك ،
ولا ينمقدها عقد ، ولكن إذا صدقه من تعاقد معه فإذا يكون الحكم ؟ القواعد
تقتضى أن يعتبر العقد فاسداً ، لصحة العبارة وانعدام الرضا ، وإنما كانت العبارة
صحيحة ، لوجود الاختيار في التلفظ بها ، إذ ليس التلفظ بها أمراً طبيعياً لا اختيار
فيه كجريان الماء ، بل نتيجة حركة اختيارية ، فكان الخطأ في التلفظ بالعبارة
كالسكره عليها ، كلاهما مختار غير قاصد إليها ، هذا ما قاله نجر الإسلام البزدوى ،
ولكن كيف تكون العبارة صحيحة ، وقد اتفق الطرفان على عدم القصد إليها ؟
ومن الحركات ما لا يكون نتيجة اختيار ، ومنها حركة الخطأ ، فالوجه عندي أن
العقد في هذه الحال لا ينمقده ^(١) »

ونحن نرجح هذا الرأى الأخير لقوة مبناه ولا احترامه لمبدأ سلطان الإرادة ولا نقر
الفقه الحنفى في إيمانه في تجريد العقد عن المنصر النفسى ؛ واعتباره إياه تاماً بمجرد
اتفاق إرادتيه الظاهرتين دون إرادتيه الحقيقيتين .

٤٥٦ — تقرير نظرية الإرادة الظاهرة : ليس من شك في أن نظرية الأحناف

حينما تعمل على الإرادة الظاهرة إنما تضمن استقرار التعامل بين الأفراد . على أن هذه
النظرية قد ضحت بالإرادة الباطنة إلى حد كبير ؛ عند ما أمنت في الاعتماد على قرينة
البلوغ عن عقل في توافر القصد . واقد كان في وسع الأحناف أن يخففوا من هذه
التضحية ، فيما لو عولوا على الإرادة الباطنة في كل مرة تسعفهم القرائن في هذا التحويل ،
وهذا المسلك المعتدل هو الذى انتهجه المذهب الشافعى والمذهب الحنبلى وابن حزم ،
كما سنرى .

(١) أحكام المعاملات الشرعية ، ص ٢٢١ . وانظر طبعة عام ١٩٤٧ ، ص ٣٦٦ — ٣٦٧ .

(ب) نظرية الإرادة الباطنة

٤٥٧ — يذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم إلى وجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة عندا نقصان التعبير عنها في حالة الخطأ . وتكلم عن هذه المذاهب الثلاث تباعاً :

(١) تصور كتب الأصول المذهب الشافعي على أنه يعتمد بالإرادة الباطنة مطلقاً . والواقع أننا كما سنرى ليس الفارق بين المذهب الحنفي والمذهب الشافعي كبيراً ، ذلك لأن هذا المذهب الأخير يعتمد في الواقع كالأحناف بالإرادة الظاهرة أصلاً ، وإنما هو سرعان ما يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة في كل حالة تتيح له إحدى القرائن الوصول إليها . ونأى فيما يلي أولاً بنصوص الأصوليين الأحناف التي تمزوا إلى الشافعية الأخذ بالإرادة الباطنة مطلقاً في حالة الخطأ . ثم نأتى ثانياً ببعض نصوص الفقه الشافعي التي تنم عن اعتداد هذا الفقه بالإرادة الظاهرة .

(١) نصوص الأصوليين الأحناف :

جاء في التقرير والتحجير : « قال الشافعي لا يقع طلاق الخاطئ لأن الاعتبار بالكلام وإنما هو بالقصد الصحيح ، وهو لا يوجد في المخطيء ، كالنائم ^(١) » .

وفي كشف الأسرار : « قال الشافعي رحمه الله لا يصح طلاق الخاطئ ؛ لأن الطلاق يقع بالكلام . والكلام إنما يصح إذا صدر عن قصد صحيح . ألا ترى أن البغضاء إذا لقن فهو والآدى سواء في صورة الكلام . وكذا الجنون والمأفل سواء في أصل الكلام إلا أنه فسد لعدم القصد الصحيح والمخطيء غير قاصد ، فلا يصح طلاقه كطلاق النائم والمنمى عليه ^(٢) » .

وفي البدائع : « زعم الشافعي أن فعل الخاطئ والناسي لا يوصف بالجناية والخطر ، لأن فعل المخطيء والنسيان مما لا يمكن التحرز عنه ^(٣) » .

(١) التقرير والتحجير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

(٢) كشف الأسرار ، ج ٤ ، ص ٣٨١ ، ص ٢٦ .

(٣) البدائع ، ج ٢ ، ص ٢٠١ — ٢٠٢ .

٢) نصوص الفقه الشافعي : تؤكد نصوص الفقه الشافعي وجوب العمل بالإرادة الظاهرة في التصرفات في حالات الخطأ ، وأنه لا يمدل عنها إلى الإرادة الباطنة إلا بقرينة .

ولعل فكرة حماية الغير الذي عول على الإرادة الظاهرة هي التي دعت هذا الفقه إلى إثباتها على الإرادة الباطنة ، عند ما تنفك هذه الأخيرة عنها .

ففي نهاية المحتاج : « ولو سبق لسانه بطلاق بلا قصد لنا — كلفو اليين ومثله تلفظه به حاكياً أو تكرير الفقيه للفظه في تصويره ودرسه — ولا يصدق ظاهره — في دعواه سبق لسانه أو غيره مما يمنع الطلاق لتعلق حق الغير به ، ولأنه خلاف الظاهر ، للغالب من حال العاقل — إلا بقرينة — كما يأتي ، كدعواه أن الحرف التف عليه بحرف آخر ، فيصدق ظاهراً لظهور صدقه حينئذ ، أما باطناً فيصدق مطلقاً . وكذا لو قال لها « طامقتك » ثم قال أردت أن أقول « طلبتك » ولها قبول قوله هنا^(١) » .

وجاء أيضاً : « وإن كان اسمها طارقاً أو طالباً أو طالماً ، فقال « ياطالقي » وقال أردت النداء باسمها فالتف الحرف بلساني صدق ظاهراً لظهور القرينة ، فإن لم يقل ذلك طلقت . وقضيته أنه لو مات ، ولم يعلم مراده ، حكم عليه بالطلاق عملاً بظاهر الصيغة ومنه يؤخذ أن مثله في هذا كل من تلفظ بصيغة ظاهرة في الوقوع ، لكنها تقبل الصرف بالقرينة ، وإن وجدت القرينة^(٢) » .

وفي المذهب للشيرازي : « وإن قال « زوجتك ابنتي عائشة » ونوى الصغيرة ، وقبل الزوج ونوى الكبيرة ، صح النكاح في عائشة في الظاهر ، ولم يصح في الباطن لأن الزوج قبل في غير ما أوجبه الولي^(٣) » .

وهذا النص الأخير يقطع بأخذ الشافعية بالإرادة الظاهرة ذلك لأن المقد فيه قد تكون بمجرد تطابق الإرادتين الظاهرتين رغم عدم تطابقهما مع الإرادتين الحقيقيتين .

(١) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٨١ ، س ١٧ .

(٢) المرجع السابق ، ج ٦ ، ص ٨٢ ، س ١١ .

(٣) المذهب للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٤٣ .

ويجدر بالذكر أن هذا المثال نفسه يستشهد به الأحناف للعمل بالإرادة الظاهرة^(١)

(٢) المذهب الحنبلي : يرى هذا المذهب وجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة في كل حالة تيقن فيها من وجود هذه الإرادة. ففي إعلام الموقعين: «إن فعل الناسي والمخطيء بمنزلة فعل الذائم في عدم التكليف به ، ولهذا هو عفو لا يكون به مطيعاً ولا عاصياً . يوضحه أن الله تعالى إنما رتب الأحكام على الألفاظ لدلالاتها على قصد التكلم بها وإرادته . فإذا تيقنا أنه قصد كلامها ، ولم يقصد معانيها ، ولم يقصد مخالفة ما التزمه ولا الحث ، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده ، بل قد رفع المؤاخذه عنه بما لم يقصده من ذلك . يوضحه : أن اللفظ دليل على القصد ، فاعتبر لدلالته عليه ، فإذا علمنا يقيناً خلاف المدلول ، لم يجوز أن نجعله دليلاً على ما تيقنا خلافه ، وقد رفع الله المؤاخذه عن قتل المسلم المعصوم بيده مباشرة إذ لم يقصد قتله بل قتله خطأ ، ولم يلزمه شيئاً من ديتة بل حملها غيره ، فكيف يؤاخذه بالخطأ والنسيان في باب الأيمان؟^(٢) . »

ويؤكد ابن القيم في مكان آخر ضرورة التعويل على كل من الإرادة واللفظ في آن واحد ، وأنه لا شأن لأحدهما منفرداً وينتهي إلى وجوب إلغاء لفظ من أراد خلاف لفظه كالخاطئ . والاعتداد في تعبيره بالإرادة الباطنة ، إذ يقول : « ان الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة عما في نفوسهم . فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده ، وما في نفسه بلفظه . ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول . ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن التكلم بها لم يرد معانيها ، ولم يحط بها علماً . بل تجاوز للامة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به ، أو تسكلم به . وتجاوز لها عما تسكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به اذا لم تكن مريدة لمعنى ما تسكلمت به أو قاصدة إليه . فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية رتب الحكم . هذه قاعدة الشريعة ، وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته ، فإن خواطر

(١) راجع مسبق ، ف ٤٤٨ ، ص ٤٢٦ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٤ ، ص ٧٢ — ٧٣ .

القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختبار فلو ترتبت عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة ، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك . والغلط والنسيان والسهو وسبق اللسان بما لا يريده العبد ، بل يريد خلافه والتكلم به مكرها ، وغير عارف لمقتضاه من لوازم البشرية ، لا يكاد الانسان ينفك من شيء منه ، فلورتب عليها الحكم لخرجت الأمة وأصابها غاية التعب والمشقة . فرفع عنها المؤاخذه بذلك كله حتى الخطأ في اللفظ من شدة الفرح ^(١) . »

« ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد التكلم بمعانيها ، بل جرت على غير قصد منه كالتائم والناسي والسكران والجاهل والمكره والخطيء من شدة الفرح أو الغضب أو المرض أو نحوه ، ولم يكفر من قال من شدة فرحه براحلته بعد يأسسه منها : « اللهم أنت عبدى وأنا ربك » فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها ، ولهذا المعنى رد شهادة المنافقين ووصفهم بالخداع والكذب والاستهزاء ، وذمهم على أنهم يقولون بأفواههم ما ليس في قلوبهم ، وأن بواطنهم تخالف ظواهرهم ، وذم الله تعالى من يقول ما لا يفعل ، وأخبر أن ذلك من أكبر المقت عنده ^(٢) . »

(٣) وأخيراً إنه لما بلغت النظر أن نجد ابن حزم الظاهري يأخذ بالإرادة الباطنة في حالة الغلط في التعبير ، جاء في المحلى : « ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه ، فإن قامت بينة قضى عليه بالطلاق ، وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق . برهان ذلك قول الله عز وجل : « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم » . وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » . فصح أن لا عمل إلا بالنية وألا نية إلا بعمل . وأما إذا قامت بذلك بينة فإنه حق قد ثبت ، وهو في قوله لم أنو الطلاق مدع بطلان ذلك الحق الثابت ، فدعواؤه باطل ^(٣) . »

(١) المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٩٢ — ٩٣ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٨٣ .

(٣) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ٢٠٠ ، مسألة ١٩٦٤ .

المطلب الثاني

عيوب الإرادة

٤٥٨ - وننتقل هنا إلى الكلام عن عيوب الإرادة وهي حالات جديدة من حالات الاختلاف غير المقصود بين الإرادة المعلنة والإرادة الحقيقية^(١) وبلاحظ أن حالات العيوب تلتقي مع حالة الغلط السابقة في أن الإرادة الحقيقية في كليهما تغاير الإرادة الظاهرة ، وتفتقر عنها في أن الإرادة الحقيقية في حالة الغلط منتفية ، بينما هي في حالات عيوب الإرادة موجودة حال بينها وبين مطابقة التعبير لها وجود إرادة أخرى معيبة تجاورها في عالم النفس ، وتحجبها عن عالم الحس . ولئن كان التعبير ترجماناً صادقاً عن هذه الإرادة المعيبة ، فهو ليس بذى صلة ألينة بتلك الإرادة الحقيقية ، التي زاحمتها إرادة معيبة ، بسبب غلط أو تدليس أو إكراه . فلا شك إذن في وجود الإرادة في حالات العيوب إنما هو وجود مريض بسبب ضلال أو انضغاط العاقد الذي أبرم تصرفه على غير بينة من أمره - كما في الغلط والتدليس - أو غير حر في إرادته - كما في الإكراه . على أن ثمة من الفقهاء من يقرر انتفاء الإرادة حال الإكراه وهذا ما جرى عليه المذهب الشافعي الذي يقرر بطلان عقد السكره كما سنرى .

٤٥٩ - ونسأل الآن ما هو مدى احتفال الفقه الإسلامي بهذه العيوب وما هو الجزاء الذي رتبته على اختلاف الإرادة الظاهرة فيها عن الإرادة الحقيقية ؟

لقد سبق أن أشرنا عند بحثنا للنزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي أن عيب الإكراه كان ذا النصيب الأوفى من اهتمام هذا الفقه ، لما يتسم به من موضوعية لا ترق إليها بقية العيوب . ونحن إذا ما تصفحنا كتب الأصول نجد الأبحاث المخصصة لهذا العيب خير شاهد على عناية الفقه به . أما الغلط فلم يجد له في الفقه الإسلامي مكاناً موحداً . فهو أقل عيوب الإرادة بروزاً ، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية^(٢) .

٤٦٠ - أما الجزاء الذي رتبته الفقهاء على مغايرة التعبير للإرادة الحقيقية

(١) راجع ما سبق ، ف ٢٩٠ ، ص ٢٩١ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ١٣ ، ص ١٥ .

في حالات العميوب فهو يختلف من مذهب إلى آخر « فالإكراه حائر في المذاهب المختلفة بين أن يكون جزاؤه البطلان كما هو الأمر في المذهب الشافعي ، وفي رواية في مذهب أحمد ، أو الفساد كما هو الأمر في مذهب أبي حنيفة عند الإمام وصاحبيه^(١) أو الوقف كما هو الأمر عند زفر ، أو عدم اللزوم كما هو الأمر في مذهب مالك ، وفي رواية أخرى في مذهب أحمد ، والتدليس يعرفه مذهب مالك في تردد وحذر ، ويجعل جزاءه خيار التدليس . والاستغلال جزاؤه في المذاهب المختلفة خيار الغبن . أما الغلط فقد تشتت أكثر من غيره من عيوب الإرادة ولا تستطيع أن تجمع أطرافه في الفقه الإسلامي إلا إذا ضمت إلى خيار الوصف خيار الرؤية ثم خيار العيب^(٢) » .

المبحث الثاني

النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

٤٦١ - نتكلم فيما يلي أولاً عن العوامل المؤثرة في تنوع مؤيدات الخلاف بين التعبير والإرادة في المذاهب المختلفة ، ثم نببحث في النظرية المختارة .

(١) نشير فيما يلي إلى خصوصيات الفساد المترتب على الإكراه :

أولاً : ترد على البيع إجازة العاقد المسكره وهو البائع ، قبل القبض وبعده ، فينقلب البيع صحيحاً ، لأن الفساد فيه لحق البائع لا لحق الشرع . بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلا ترد عليه الإجازة أصلاً ، لأن الفساد فيه لحق الشرع ، وبخلاف بيع الهازل حيث تشترط إجازة الطرفين ، ثانياً : ينقطع حق العاقد غير المسكره ، وهو المشتري في الفسخ بعد القبض ، فيلزمه البيع إذا قبض المبيع ، لأن رضاه لم يفت ، إذ لم يشبه إكراه . والذي فات هو رضا البائع ، ولذلك يملك الفسخ بعد القبض كما يملك الإجازة . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فشكل من العاقلين فسخته حتى بعد القبض ، ولا ينقطع حق الفسخ إلا بتصرف المشتري أو بتغير المبيع .

ثالثاً : في بيع المسكره إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً قابلاً للفسخ كالبيع ، لم ينقطع حق البائع في الفسخ . فإذا ما فسخ استرد المبيع من أي يد . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، ففيه إذا تصرف المشتري في المبيع انقطع حق البائع في الفسخ . وذلك لأن حق الفسخ ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك ، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري ، فبطل حق الفسخ . فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك وهو كراهته وقوات رضاه ولأنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتاً (راجع مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٩١) .

(٢) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٩١ .

الفرع الأول

عوامل تنوع الجزاء

٤٦٢ — تختلف العوامل المؤثرة في تنوع الجزاء في حالات الخلاف بين التعبير والإرادة من مذهب إلى آخر ، ونبحث فيما يلي أبرز هذه العوامل في كل مذهب من المذاهب ، وهي : (١) التفرقة بين الرضا والاختيار لدى الأحناف ، (٢) مبدأ الجماعة لدى الشافعية ، (٣) مبدأ سلطان الإرادة لدى المذهبين الحنبلي والمالكي .

المطلب الأول

التفرقة بين الرضا والاختيار في المذهب الحنفي

٤٦٣ — يميز الأحناف بين « الاختيار » وهو ترجيح فعل الشيء على تركه عن « الرضا » وهو الارتياح إلى فعل الشيء^(١) ويعرف صاحب التوضيح الاختيار بأنه « القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر » وهو إم أن يكون صحيحاً وإما أن يكون فاسداً والصحيح ما استقل الفاعل في قصده^(٢) ويعرف صاحب الكشف الرضا بأنه « امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه^(٣) » ويضرب أنصار هذه التفرقة عادة كأمثلة لانفكاك الاختيار عن الرضا حالة المريض الذي يختار بتر عضو من أعضائه وهو غير راض به كاره ، وحالة بعض من يقدمون على خدمة العلم مختارين غير راضين ، وعديداً غيرها من الحالات التي ينفك فيها التلازم بين الاختيار والرضا .

وفي نطاق التصرف القانوني يقصد الأحناف بـ « الاختيار » القصد إلى السبب ، ويقصدون بـ « الرضا » الرغبة في الآثار . وتذكرنا هذه التفرقة التي يقيمها الأحناف بين الاختيار والرضا بالتفرقة الشهيرة التي يعنى أنصار نظرية التعبير في الفقه الغربي بإبراز معالمها ، تلك هي التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ، ويقصد بإرادة التعبير

(١) أصول الفقه للخصري ، ص ١٣٢ .

(٢) شرح التوضيح ، ج ٢ ، ص ١٩٦ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٢٧٨ ، ص ٢٧٧ .

« أن الشخص الذي تصدر منه عبارة معينة ، أو فعل معين ، أو يتخذ موقفاً معيناً من شأنه أن ينتج أثراً شرعياً ، يجب أن يفعل ذلك ، وهو يريد هذا المظهر المادي الذي يقوم به ^(١) » . ويقصد بإرادة الأثر « نية إحداث الأثر الشرعي » .

٤٦٤ — وعندى أن هاتين التفرقتين متطابقتان . وتمتاز الاصطلاحات المستعملة في التسمية الثانية على الاصطلاحات المستعملة في التسمية الأولى بدقتها .

ويؤكد هذا التطابق ما جاء على لسان فقهاءنا المحدثين في إيضاحهم لمفهومي الاختيار والرضا فقد جاء في أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الحقيف : « فأما الرغبة في الآثار — وهي حكم العقد — [إرادة الأثر] فذلك ما يريده الحنفية بـ «الرضا» عند إطلاقه . وأما القصد إلى السبب — العبارة — [إرادة التعبير] فذلك ما يريدونه بـ « الاختيار » عند الإطلاق وعلى ذلك فالرضا [الركن المعنوي] عندهم هو الرغبة التامة في العقد حكماً [أثراً] وسبباً [تعبيراً] ^(٢) » .

وجاء في «الملكية ونظرية العقد» للأستاذ محمد أبي زهرة : « إن مذهب الحنفية لا ينظر في تكوين الاختيار إلا إلى القصد المجرد من غير نظر إلى الرضا والارتياح ، والمبرة في ذلك القصد عندهم هي في القصد إلى مباشرة السبب [إرادة التعبير] وهو الألفاظ الدالة على العقود من غير نظر إلى القصد إلى أحكامها [إرادة الأثر] ولذلك يقال إن الهازل مختار للعقد ، وإن كان قد نادى جهاراً من قبل أو من بعد أنه ما قصد ولا يقصد إلى الأحكام . . ولا اعتبار لها في نظره ، لأن الاعتبار في تكوين الاختيار في القصد المجرد إلى النطق بالعبارة المنشئة للعقد من غير نظر إلى ما سواها ولا تفكير في غيرها ^(٣) » .

٤٦٥ — ويلاحظ هنا أن إرادة الأثر هي أكثر عموماً من إرادة التعبير فتكون

(١) يونسكو، مقال جيني ، ص ٣٧٢ . بهجت بدوي ، رقم ٥٧ ، نظرية العقد السنهوري ١٧٢ .
راجع ما سبق ، ف ٢٨٣ ، ص ٢٨٢ — ٢٨٣ .
(٢) أحكام المعاملات ، الشرعية للأستاذ علي الحقيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، ص ٣٦٢ — ٣٦٣ .
(٣) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ١٩٢ .

النسبة بينهما هي العموم والخصوص المطلق^(١) لأن إرادة الأثر هي أعم مطلقاً وأبداً ، وإرادة التعبير أخص . فكل إرادة للأثر هي إرادة للتعبير في نفس الوقت ، وليست كل إرادة للتعبير إرادة للأثر . فقد تتوافر الأولى ، وتتخلف الثانية ، كما في الصورية . ويقول الأستاذ علي الخفيف في هذا المعنى : « ومن هذا يظهر أن الرغبة في حكم المقد [إرادة الأثر] تستلزم الرغبة في سببه ، والقصد إليه [إرادة السبب] ، لأن من يرغب في زواج مثلاً يقصد إنشاء بالمباراة الدالة عليه ، ويرغب في ذلك ، وإن القصد إلى سبب المقد ، وهو العبارة [إرادة التعبير] لا يستلزم الرضا بحكمه [إرادة الأثر] ، وإن شئت قلت لا يستلزم الرغبة فيه ، إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر ، كدفع أذى كما في المسكره ، أو لهو كما في الهازل ، ولذا قال الفقهاء : وجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه ، وفي سببه ، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب ، ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرضا ، لأن مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرغبة فيه^(٢) . »

٤٦٦ — ثمرة التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر : تبدو ثمرة تمييز الأحناف بين إرادة التعبير وإرادة الأثر في ابتكارهم لمرتبة وسطى من اللؤبذات تقع بين البطلان والصحة . فهم يبنوا معتبرون توافر إرادة التعبير شريطة انمقاد جزاؤها البطلان ، يعتبرون توافر إرادة الأثر شريطة صحة جزاؤها الفساد . ولولا هذا التمييز لغدا جزاء الخلاف واحداً . وهو يكون عندها إما الصحة ، إذا انحاز الأحناف إلى النزعة الموضوعية ، وإما البطلان ، إذا انحازوا إلى النزعة الذاتية .

٤٦٧ — وتبدو ثمرة هذا التمييز من جهة أخرى في تمييز الأحناف بين تصرفات تقوم عبارتها مقام معناها ، وتكفي فيها إرادة التعبير لصحتها وهي التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالنكاح والطلاق والعناق والرجعة واليمين .

(١) العموم والخصوص في اصطلاح المناطق نوعان : مطلق ووجهي . ويتحقق العموم والخصوص المطلق عندما يكون أحد الشئيين أعم من الآخر دائماً ، وأخص دائماً كما في المثال الوارد في المتن . ويتحقق العموم والخصوص الوجهي عندما يكون كل منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه كالنسبة بين مفهوم « البحري » و « الناقل » مثلاً . فالبحري أعم من وجه ، لوجوده في الناقل وغيره ، والناقل أعم من وجه ، لوجوده في البحري وغيره .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ، المرجع السابق .

وتصرفات لا تقوم فيها العبارة مقام معناها بل يجب أن تتوافر فيها إرادة الأثر إلى جانب إرادة التعبير وهي التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع وغيره .

ويبنى على هذه التفرقة الأخيرة تصحيح نكاح المكره وطلاقه ورجعته وعتانه لتوافر إرادة التعبير دون إرادة الأثر وفساد بيع المكره والهازل والخطأ لتخلف إرادة الأثر دون إرادة التعبير .

وبطلان تصرفات المجنون والنائم لتخلف العنصر المعنوي للتصرف بكامله بما فيه من إرادة للتعبير وإرادة للأثر .

وتعتبر مرتبة الفساد التي ابتسكرها الأحناف دون غيرهم بمثابة ملجم يحد من تطرف التشريع نحو النزعة الذاتية أو النزعة الموضوعية .

فهم مثلاً في المقد الصوري لم ينجحوا إلى بطلانه كما ذهب المالكية مطاوعين في ذلك نزعتهم الذاتية . وهم لم ينجحوا إلى تصحيحه كما ذهب الشافعية مطاوعين في ذلك نزعتهم الموضوعية بل قرروا مرحلة للبطلان بين بين هي مرحلة الفساد موقفين في ذلك بين عاملي الاستقرار والعدالة كما سنرى .

جاء في كتاب الملكية ونظرية المقد في صدد بيان ثمرة التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر :

« والماد الأول لتكوين المقود في مذهب الحنفية إنما هو الاختيار . أما العنصر الثاني وهو الرضا فليس يلزم لانعقاد المقود ، ولكنه لازم لصحة أكثرها ، وعلى ذلك نقول إذا وجد الاختيار مع استيفاء بقية ما يجب توافره لانعقاد العقد فقد وجد المقد ، وإن لم يكن رضا وارتياح نفسى ، وقصد إلى الأحكام والآثار ، لأنه لا يلزم لانعقاد العقد الرضا ، بل هو شرط لصحة العقد ، بمعنى ترتيب آثاره الشرعية عليه وإقرار الشارع له ، ولا يلزم من وجود المقد صحته وترتيب آثاره بمجرد توافره ، بل قد يوجد ويكون فاسداً ، وعلى ذلك نقول : إنه إذا كان أحد الماقدنين في بيع أو إجارة أو نحوها مكرهاً على العقد غير راض به ينعقد عقده ، ويكون فاسداً ؛ لأن الماد الأول ، وهو الاختيار قد وجد بالقصد إلى مباشرة السبب ، فينعقد العقد . ولكن لم

يتوافر شرط من شروط الصحة ، وهو الرضا والارتياح فيكون العقد فاسداً^(١) .
 وجاء في أحكام المعاملات الشرعية في هذا المعنى : « فإن كان العاقد راغباً في
 العبارة لاتخاذها وسيلة لهو ولعب أو سمة أو رياء تحقق فيه مع الاختيار الرضا
 بالسبب فهو راض به مختار فيه ، ولكنه غير راغب في حكمه ولا قاصد اليه ، وهذا
 هو شأن الهازل وما يشبهه فالهازل عندهم مختار غير راض . . وإن كان غير راغب
 فيها ، ولا فيما تدل عليه من إرادة ليس لها في كثير من الأحوال وجود في نفسه ،
 وإنما صدرت منه تنفيذاً لإرادة شخص آخر وموافقة له ، لأن في ذلك منجاة من
 أذى يهدد به عند عدم الامتثال ، فهو في هذه الحالة غير راض بالحكم . . وليس
 عنده إلا الاختيار في سببه ، وهذا هو حال المكره ومن هذا يتبين أن الإكراه يعدم
 الرغبة في الحكم [إرادة الأثر] ، وإن شئت قلت يعدم الرضا ، ولا يبقى معه إلا
 القصد إلى العبارة [إرادة التعبير] باعتبارها سبباً منشئاً لعقد عادة ، وإن لم يردّها
 كذلك ، وإن شئت قلت لم يبق معه إلا الاختيار فيها^(٢) . »

٤٦٨ -- وينبني أخيراً على التفرقة بين الرضا والاختيار اعتبار الرضا عنصراً
 ثانوياً في التصرف القانوني . ونورد فيما يلي نصين من الفقه الحنفي يصوران بوضوح تدخل هذه
 التفرقة لدى الأحناف في اعتبار التصبير جوهرراً للتصرف القانوني وأولهما للسكّال بن
 همام يقرر فيه بجلاء أن الرضا ليس ركناً بل شرطاً . ثانيهما للسرخسي يقرر فيه
 أن التصرف كلام . جاء في فتح القدير : « وأما ركنه [البيع] فالفعل المتماق بالبدلين
 من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل المالك فيهما . وهذا مفهوم
 الاسم شرعاً . وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلاً غير قول كما في التماطى . .
 وقد يكون الرضا ثابتاً ، وقد لا يكون . فإن لفظ بعث مثلاً ليس علة لثبوت الرضا
 بل أمانة عليه . فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر ، فكذا يتحقق بعث
 واشترت ، ولا رضا ، كما في بيع المكره على ما اختره من أن حقيقة الرضا ليس
 جزء مفهوم البيع شرعاً بل شرط لثبوت حكمه شرعاً^(٣) . »

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، ص ١٩٢ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الحقيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، ص ٣٦٣ - ٣٦٤ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٤ ، س ٨ ، راجع ما سبق ، ف ٤٢٨ ، ص ٤٠٨ .

وظاهر من كلام ابن الهمام أن الرضا ليس ركناً في التصرف لأن الركن هو ما يتوقف وجود العقد عليه وكان جزءاً من مفهومه . بل هو شرط في التصرف لأن الشرط هو كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً وهو خارج عن ماهيته .

ولعل انتفاء ركنية الرضا في التصرف هو الذي دعا الفقهاء إلى تعريف البيع على أنه مبادلة مال بمال بدون قيد التراضي^(١) وظاهر أن هذا التعريف يتعارض تعارضاً ينفماً مع الآية القرآنية والحديث الشريف اللذين سبق أن أشرنا إليهما واللذين يقيدان البيع بالتراضي ، على أن هذا التعارض يجد تسويغه كما أسلفنا في نزوع الفقه الحنفي نحو استقرار التعامل . هذا ولم يفت بعض الفقهاء أن يقيدوا تعريف البيع بالتراضي اقتداءً بالآية السكرية . بيد أن هذا التقييد لم يكن موضع قبول الفقهاء الآخرين ، لأنه ينبو عن جوهرية التعبير في التصرف القانوني في الفقه الاسلامي كما حققه الكمال .

جاء في الفتاوى الهندية : « أما تعريفه [البيع] فبإدلة المال بالمال بالتراضي كذا في الكافي -- قوله بالتراضي قيد به اقتداءً بالآية ، وليس جزءاً من التعريف ، كما حققه الكمال^(٢) . »

وجاء في رد المحتار في صدد تعليقه على تقييد صاحب الكنز لتعريف البيع بالتراضي ما يلي : « فلا يناسب ذكر التراضي في التعريف ، ولذا قال في الفتح : إن التراضي ليس جزءاً مفهوم البيع الشرعي ، بل شرط ثبوت حكمه شرعاً ، أي لأنه لو كان جزءاً مفهوم البيع شرعاً لزم أن يكون بيع المسكره باطلاً وليس كذلك ، بل هو فاسد كما علمت ، وأنت خير بأن التعريف شامل للفساد بسائر أنواعه .. لأنه بيع حقيقية وإن توقف حكمه على القبض ، فالعقيد بالتراضي ، لإخراج بعض الفاسد وهو بيع المسكره ، غير مرضي^(٣) . »

وجاء في البسوط في تعاليل فساد عقد المسكره : « وحجتنا في ذلك أنه تصرف من أهله في محله ، فلا يلغى ، كما لو كان طائماً ، وبيانه أن هذا التصرف كلام ، والأهل

(١) درر المحكام لمن لا خسرو ، ج ٢ ، ص ١٤٢ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٢ .

(٣) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٤ .

للكلام يكون مميزاً ومخاطباً ، وبالإكراه لا ينعدم ذلك . . . وهذا لأن الخطاب يبنى على اعتدال الحال ، وذلك تختلف فيه أحوال الناس ، فأقام الشرع البلوغ عن عقل مقام اعتدال الحال في توجه الخطاب واعتبار كلامه شرعاً تيسيراً للأمر على الناس ، وبسبب الإكراه لا ينعدم هذا المعنى ، والسبب الظاهر متى قام مقام المعنى الخفي دار الحكم معه وجوداً وعدماً .

وبيان المحلية أنه ملكه ، ولو لم يكن مكرها لسكان تصرفه مصادفاً محله ؛ وليس للطوعية تأثير في جعل ما ليس بمحل محلاً ، فعرفنا أن التصرف صادف محله ، إلا أنه بسبب الإكراه ينعدم الرضا منه بحكم السبب ، ولا ينعدم أصل العقد والاختيار ، لأن المكره عرف الشرين فاخترأهونهما ، وهذا دليل حسن اختياره ، فكيف يكون مفسداً لاختياره ؟ وهو قاصد إليه أيضاً لأنه قصد دفع الشر عن نفسه ^(١) .

٢٦٩ — الاعتراض على التفرقة بين الرضا والاختيار : لقيت هذه التفرقة

نقداً لا دعماً من الدكتور جلال عبده في رسالته « العنصر النفسي في العقود وفق المفهوم الإيراني » إبان شرحه للمادة ١٩٥ من القانون المدني الإيراني المستمدة من الفقه الشيعي الآخذ بهذه التفرقة . وقد ذهب إلى وصفها بأنها غير منطقية وخطرة بدليل أنها قد دعت المشرع الإيراني إلى تقرير بطلان العقد حال تخاف الاختيار ، وقابليته للإجازة حال تخلف الرضا . وهو يرى أن هذا الحل غير منطقي ، لأنه يعترف ببعض الآثار للعقود المشوبة بالإكراه ؛ وهو خطر ، لأنه يشجع الأشخاص غير الشرفاء الذين يستغلون نفوذهم على إكراه الغير على التعاقد على أمل الحصول في المستقبل على إجازة أقرب تناولا وأيسر مطلباً من العقد نفسه ، وفيما عدا ذلك فهو يرى أنه لما يجافى المنطق أن يعترف القانون بآثار لإكراه يقع محدثه تحت متناول قانون العقود ^(٢) . وعلى ذلك فهو يرى وجوب بطلان العقود المشوبة بالإكراه ، ونفصل فيما يلي أدلته التي استند فيها إلى الكتاب والسنة والقياس والاستصحاب ^(٣) . ووجه استدلاله

(١) المبسوط ، ج ٢٤ ، ص ٥٦ — ٥٩ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الحفيظ طبعة عام ٩٤٧ ، ٣٦٣ — ٣٦٤ .

(٣) Djalel ABDOLH L'Elément Psychologique dans les Contrats suivant la conception Iranienne, Paris, 1937, P. 200-201.

بالكتاب والسنة : أن العقد المشوب بالإكراه يجب أن يتقرر بطلانه بالآية الكريمة :
إلا أن تكون تجارة عن تراض ، والحديث الشريف : لا يحل مال امرئ مسلم
إلا عن طيب نفس منه . وفيما عدا ذلك فإنه لا وجه للفرقة بين العقود ، والتصرفات
الصادرة من جانب واحد ، فكما أن الشارع قد قرر البطلان جزاء لتخلف الرضا في
الثانية ، فكذلك يجب أن يكون البطلان جزاء لتخلف الرضا في الأولى .

وكذا فإن قاعدة اليقين لا يزول بالشك لا تسعف في قيام العقد المشوب بالإكراه ،
ذلك لأن الأمر المتيقن هو انعدام العقد تبعا لانعدام الرضا عملا بالآية الكريمة ،
فلا وجه لقيامه على أساس أن إجازة غير متيقنة قد تلحق به في المستقبل لتصحيحه .
وفيما عدا ذلك فإن مقتضى الرضائية التي يأمر بها القرآن أن يقوم العقد على إرادتين
عند انمقاده لا أن يتراخى هذا التوافق إلى حين الإجازة اللاحقة .

٤٧٠ — تفكير التفريق بين الرضا والاضطرار : لسنا نخالف الدكتور عبده في
أن المصادر المباشرة الأصلية في الفقه الإسلامي تأمر باحترام الإرادة الحقيقية وتجنح
نحو تأمين العدالة ، وأن العقد المشوب بالإكراه يجب أن يتقرر بطلانه بناء على هذه
المصادر ، بيد أننا نعتقد أن نظرية الفساد التي ابتكرها الأحناف — والتي أوجدوا
بموجبها مرحلة وسطى للبطلان إلى جانب إيجادهم مرحلة وسطى للرضا هي الاختيار —
إن هذه النظرية كان يحتم ابتداعها الظرف الحضاري الذي نشأت في ظله . ولقد كانت
في نظرنا بمثابة معدل لتلك الطفرة التي انقلبت فيها الثورة التشريعية الإسلامية
على ما كان يخالط قبلها التصرفات من جهالة وغرر وعدم اعتداد بالرضا . ولئن
استجابات بقية المذاهب إلى ردة الفعل هذه ، وغررت البطلان مؤيدا لما أمر به النظام
العام الجديد ، وقضت تبعا لذلك ببطلان العقود التي يشوبها غرر أو جهالة أو انتفاء
للرضا في بعض الحالات ، فقد رأى بناء المذهب الحنفي أن يلتزموا جانب القصد في
ذلك ، واخترعوا مؤيد الفساد جزاء يفرض على ما يخالف أوامر الدين الجديد من
تصرفات ، وكان فساد العقد المشوب بالإكراه صورة من صور هذه العلاجات التي

قدمها الفقه الحنفى ، موفقاً بين متطلبات العدالة التى يأمر بها الدين ، واستقرار التعامل الذى كان يحتمه الظرف الحضارى (١) .

(١) هذا ولقد أشاد أستاذنا السهورى بإبداع الأحناف لنظرية الفساد إذ يقول : « إن هناك أسباباً كثيرة فى الفقه الاسلامى من شأنها أن تجعل العقد منجلاً أو تضعف من قوة الإلزام فيه . من ذلك أسباب الفساد المختلفة فالغرر فى أوسع معانية سبب لفساد العقد ، والربا وشبهة الربا واقتران العقد بشرط نافع ويسمى بالشرط الفاسد ونحو ذلك . . . ولا يوجد فى الفقه الغربى ما يقابل ذلك ، ومن ثم سلمت قوة العقد الملزمة فيه من الضعف . على أن الصناعة فى الفقه الحنفى كان لها أثر بعيد فى الحد من نتائج إضعاف القوة الملزمة للعقد . . . وذلك (١) عن طريق ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها . (٢) وجعل العقد الفاسد ينتج آثاراً هامة لحماية الغير ، وحماية الماعقد نفسه ، بل وتصحيح العقد ذاته بإزالة الفساد . (٣) وظهر تيار يزيد فى إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل .

وهذه الصناعة الرائعة أريد بها التخفيف من الأسباب الكثيرة التى تضعف من قوة العقد . وإذا كان الفقه الغربى ليس فى حاجة إلى العقد الفاسد لأنه خطأ مراحلى فى قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب الكثيرة التى تضعف من هذه القوة ، فأجاز اقتران العقد بالشرط وضيق من نطاق الغرر إلى حد كبير ، إلا أن فكرة العقد الفاسد تبقى فكرة رائعة فى الصناعة الفقهية لتدل كيف يخطو الفقه خطوة خطوة فى مراحله التطور عن طريق الصناعة الفقهية .

ويقول أيضاً : « إن الفقه الحنفى أراد فى الواقع من الأمر أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسباباً لبطلان العقد ، فهو يتميزه بين الأصل والوصف ، جمع تحت الوصف الغرر والربا والشرط الفاسد ، وعزلها عن أصل العقد ، وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط . فبذلك بين ماعده أصلاً فى العقد إذ جعل أى خلل فيه يصيب العقد بالبطلان ، وبين ماعده وصفاً فأنزله منزلة أقل شأنًا من منزلة الأصل . وبذلك أضعف الأثر الذى يترتب على الغرر والربا والشرط الفاسد تحت ستار العقد الفاسد . فهذه أسباب لا تعتبر كالأصل أسباباً ثابتة ، بل هى أسباب متطورة ، تطورت فعلاً ، وكانت فى سبيلها إلى التطور ، وكان من الممكن بفضل فكرة العقد الفاسد أن تواصل سيرها فى التطور .

فإنجاد مرتبة من البطلان من مرتبة العقد الفاسد ، متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل ، هو فى ذاته كسب كبير فى الصناعة الفقهية . وإذا كانت هذه المرتبة لا يحتاج إليها الفقه الغربى بعد تطوره ، فلا ننسى أنها فى ذاتها عامل من العوامل الهامة فى تطور أى فقه ، والاستقناء عنها بعد أن تؤدي مهمتها لا يدل إلا على خطر هذه المهمة .

ولم تتأيم المذاهب الأخرى الفقه الحنفى فى تمييز العقد الفاسد عن العقل الباطل ، بل خلطت بين النوعين فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسباباً لبطلان العقد ، ولا يتميز فى البطلان فقد باشره بمنحون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد الماعدين . (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٩٨ — ٣٠٠) .

المطلب الثاني

نظرية الجعلية في المذهب الشافعي وتنوع الجزاء

٤٧١ - درج الفقهاء على القول بأن التفرقة بين الرضا والاختيار هي تفرقة خاصة بالفقه الحنفي . ونرى أن هذه التفرقة ليست خاصة بالأحناف ، بل هي مشتركة بينهم وبين بقية المذاهب . وإن كانت هذه التفرقة بارزة في فروع المذهب الحنفي ، فإنما يرجع ذلك إلى عدم تلاقيها مع مبدأ آخر في هذا المذهب يطغى عليها ، ويخفف من وضوحها ، كما في المذهب الشافعي ، حيث يهيمن مبدأ جمالية الآثار على هذه التفرقة ، مستتباً إبراز إرادة التعبير ، وإدماج إرادة الأثر في إرادة الشارع . وكما في المذهب الحنبلي حيث يهيمن على هذه التفرقة نزوع واضح نحو مبدأ سلطان الإرادة ، مستتباً - بخلاف المذهب الشافعي - إبراز دور الماقد في إرادة الأثر في إنشاء التصرف القانوني ، ومعتبراً توافر هذه الإرادة مناطاً لانمقاد المقد وصحته .

فالخلاف إذن بين المذهب الحنفي وغيره من المذاهب في صدد التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر إنما هو خلاف في الدرجة . فبينما يفيض المذهب الشافعي إرادة الأثر في الصريح بإرادة الشارع على أساس موضوعي ، ويحمل إرادة التعبير وحدها هي الفيصل في تقرير مصير التصرف وجوداً وعدمياً ، تنيط المذاهب الأخرى هذه الإرادة إلى حد ما بإرادة الأفراد ، مستندة في ذلك إلى معيار ذاتي .

٤٧٢ - ولقد ترتب على هذا الخلاف الذي يجد جذوره الحقيقية ، في نظرنا ، في نظرية الجعلية - التي تقضي بربط إرادة الأثر بإرادة الشارع والتي طبقها المذهب الشافعي تطبيقاً أميناً دقيقاً - أن افترق المذهب الشافعي عن المذهب الحنفي في مجال أحكام التنظيم الفقهي في عدة أمور نستعرضها فيما يلي :

٤٧٣ (١) اندغام الرضا بالاختيار : لم يعد ثمة مجال للتمييز لدى المذهب الشافعي بين الرضا والاختيار ، فهما في نظره مفهومان مترادفان يقصد منهما اتجاه إرادة صاحب التعبير إلى العبارة الفصححة عما في نفسه ، وإن شئت فقل أنهما مفهومان مندمغان . وهذا الاندغام قد تم في نظرنا في المذهب الشافعي على حساب إرادة الأثر ،

لأن إناطة هذه الإرادة بإرادة الشارع قد أفضى إلى تساؤل ظلمها ، فلم يعد لها ذلك السلطان الراجح الذى تحظى به فى ظل المذهب الحنفى الذى أناطها بإرادة الأفراد إلى حد ما .

جاء فى كتاب الملكية ونظرية العقد فى تأكيد التلازم بين الرضا والاختيار فى المذهب الشافعى ما يلى : « أما ما يفهم من أحكام مذهب الشافعى وغيره من المذاهب فى معنى الاختيار فغير ما يفهم من فروع الحنفية ، إن الاختيار عند الشافعى هو القصد إلى العبارات المنشئة للعقد بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما فى النفس ودليلا على رغباتها وغاياتها ، فإذا لم تتوافر فى العبارات تلك الدلالة ، لم يكن ثمة اختيار ، لأن العبارات حينئذ لا تدل على القصد النفسى ، فلا يكون اختيار فى مجرد قصد النطق . . . ومن هذا يفهم بلا ريب أن الاختيار والرضا يتلازمان عند الشافعى وغيره ، ما عدا الحنفية ، فلا يتحقق اختيار مجرد عن الرضا ، كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار^(١) » .

وجاء فى أحكام المعاملات الشرعية فى هذا المعنى : « ذلك هو مذهب الحنفية ، وخالفهم الشافعية فى ذلك لم يفرقوا بين الرضا والاختيار ، وأرادوا منهما معنى واحداً ، فكانا عندهم لفظين مترادفين أو متلاقين عند معنى واحد فى النهاية ، ويريدون بكل منهما قصد العاقد إلى العبارة المفصحة عما فى نفسه من إرادة إنشاء العقد^(٢) » .

٤٧٤ (٢) إلغاء محطّة الفساد : ولقد ترتب على مخالفة المذهب الشافعى المذهب الحنفى فى مسلكه فى التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ، أن خالفه أيضاً فى تمييزه بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فلم يمتز المذهب الشافعى بهذا التمييز الأخير ، وألغى محطّة الفساد التى وضعها الفقه الحنفى بين مرحلتى الصحة والبطالان ، واعتبر للعقد مرحلتين لا ثالث لهما : هما مرحلة الصحة ، ومرحلة البطالان . أما العقد الفاسد فهو فى لغة غيره من المذاهب مترادف مع العقد الباطل .

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص ١٩١ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الحقيف ، ص ٢٢٧ .

٤٧٥ — (٣) تصحيح التصرفات الصورية وإبطال التصرفات المشوبة بالإنكراه

أو الغلط في التعبير : ولقد ترتب على إلغاء محطة الفساد التي يعتد بها الفقه الحنفي ، أن أعطى الفقه الشافعي مصيراً جديداً للتصرفات التي تقف في هذه المحطة لدى الأحفاف ، ولقد اختار لها الفقه الشافعي ، وعلى ضوء تأصيله للتمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ، أحد مصيرين : فمنها ما كان مصيره الانضمام إلى طائفة العقود الصحيحة وهي التصرفات التي تأكد هذا المذهب من توافر إرادة التعبير فيها كالتصرفات الصورية . ومنها ما كان مصيره الانضمام إلى طائفة العقود الباطلة في هذا المذهب ، وهي التصرفات التي تأكد هذا المذهب من تخلف إرادة التعبير فيها كالتصرفات المشوبة بغلط في التعبير ، أو فساد هذه الإرادة فيها كالتصرفات المشوبة بالإنكراه .

ويقول أستاذنا على الخفيف في هذا المعنى : « فالمكره عندهم غير مختار حتى في عبارته ، لأنه ما قصد إليها باعتبارها وسيلة إلى الإفصاح عما في نفسه ، بل باعتبارها حركة لسانية تنجيه من الأذى الذي هُدد به ، وكذلك الحال في الناسي والمخطيء ، فلا اختيار لها ولا رضا بالنسبة إلى العقد ؛ لأنهما لا يريدان عقداً . وليس لعبارتهما دلالة على شيء من ذلك ، ولذا كانت عبارتهما مهذرة ، وجميع عقودهما باطلة أو فاسدة .

أما المازل فيصححون عبارته وجميع تصرفاته لأنه قد أتى باللفظ عن قصد واختصار . ولا يملك مع تحقيق قصده واختياره أن يجرد العبارة من آثارها الشرعية لأن هذا تغيير للمشروع وليس له ^(١) . وظاهر من النص السابق أن إرادة التعبير وحدها هي أساس الإلزام ، فإذا ما فسدت كما في الإنكراه أو انتفت كما في سبق اللسان فلا يقوم العقد ولا يولد آثاره . أما إذا تحققت سليمة كما في الصورية قام العقد وولد آثاره ، وليس لنا أن نبحت عما إذا كانت إرادة العاقد قد انصرفت إلى توليد الآثار أم لم تنصرف . ذلك لأنه من المقرر في منطق هذا الفقه أن الأثر هو من عمل الشارع لا من عمل العاقد ، ومعنى هذا أن العاقد كما مر « لا يملك مع تحقيق قصده واختياره أن يجرد العبارة من آثارها الشرعية لأن هذا تغيير للمشروع وليس له » .

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، ص ٢٢٧ . وانظر أيضاً أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج ٣ ، ص ٢٨١ .

ونورد فيما يلي نصاً واضح الدلالة على أن المذهب الشافعى يقر التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر من حيث المبدأ ، وأنه يبنى عليها تنويع الجزاء في حالات الخلاف بين التعبير والإرادة . جاء في الأشباه والنظائر للسيوطى :

« قد يشكل على قولهم الصريح لا يحتاج إلى « نية » قولهم يشترط في وقوع الطلاق « قصد حروف الطلاق بمعناه » وليس بمشكل . فإن المراد في الكناية قصد إيقاع الطلاق [إرادة الأثر] وفي الصريح قصد معنى اللفظ بحروفه [إرادة التعبير] لا الإيقاع [إرادة الأثر] ليخرج ما إذا سبق لسانه ، وما إذا نوى غير معنى الطلاق الذى هو قطع العصمة ، كالحل من وثاق ، ويدخل ما إذا قصد المعنى [إرادة التعبير] ولم يقصد الإيقاع [إرادة الأثر] كالهزل ^(١) »

ويستفاد من هذا النص المهم أن الشافعية يميزون بوضوح في التعبير الكنائى بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ، ويعتقون مصير الإرادة الثانية على بيان صاحب التعبير . أما التعبير الصريح فالمطلوب فيه توافر إرادة التعبير فقط . أما إرادة الأثر فهي تصدر عن الشارع وحده . وبعبارة أخرى إن الصريح والكناية يلتقيان في تطلب كل منهما لإرادة التعبير ، ويفترقان في استثناء الأول منهما عن إرادة الأثر وافتقار الثانى إلى هذه الإرادة ، وما يجرى على لسان الأصوليين من أن التعبير الصريح لا يحتاج إلى نية إنما المقصود به إرادة الأثر .

٤٧٦ (٤) — أبطال التصرفات غير القابلة للفسخ المشوبة بالإكراه أو الغلط

في التعبير : لم يقف المذهب الشافعى عند حد إبطال التصرفات القابلة للفسخ المشوبة بالإكراه أو الغلط في التعبير ، بل مد بصره إلى منطقة التصرفات غير القابلة للفسخ وتناول منها العقود المشوبة بالإكراه أو الغلط في التعبير — وهي تصرفات يصححها الأحناف كما رأينا — وقذف بها إلى حظيرة العقود الباطلة نظراً لفساد إرادة التعبير في الأولى، وتخليقها في الثانية ، ولم يشفع لها كونها من التصرفات التى لا تقبل الفسخ والتى يقوم لفظها مقام معناها لدى الأحناف ، ذلك لأن هذه النياية ، إذا سوغها

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٤١ .

المنقول والمعقول في حالة الهزل للحديث ، ولتوافر إرادة التعبير لدى الهازل ، فليس ثمة ما يعضدها فيما عدا ذلك من الميوب . فلا مناص إذن من إخضاعها للقاعدة العامة وهدمها في كل حالة تتخلف فيها إرادة التعبير أو تفسد . وعلى هذه القاعدة سار المذهب الشافعي فأبطل التصرفات الخمسة غير القابلة للفسخ إذا شئت فيها إرادة التعبير بالإكراه ، أو انتفت كما في الغلط في التعبير .

المطلب الثالث

مبدأ سلطان الإرادة في المذهبين الحنبلي والمالكي

١٨ - المذهب الحنبلي

٤٧٧ - يكتسب تمييز إرادة التعبير عن إرادة الأثر في الفقه الحنبلي طابعاً خاصاً يميزه إلى حد كبير عن تمييز المذهب الشافعي الذي تغلب فيه النزعة الموضوعية كما أسلفنا . فبينما يذهب هذا المذهب الأخير إلى أن إرادة الأثر هي إرادة الشارع نجد اتباع المذهب الحنبلي يذهبون إلى أن إرادة الأثر هي إرادة العاقد لا إرادة الشارع مطاوعين في ذلك ما استقر في مذهبهم من تشييع واضح لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ، من ذلك شمار الذهبي الذي قرره ابن تيمية في فتاواه وهو القائل فيه : **« الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهم في التعاقد ^(١) »**

وما جاء في إعلام الموقعين حيث يؤكد الفقيه المحدث ابن قيم الجوزية من أنه **« لا بد من اعتبار القصد والنية في الكلام حتى في الصريح منه وهذا الذي قلناه من اعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ وأنها لا تلزم أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها مريداً لموجباتها . كما أنه لا بد أن يكون قاصداً باللفظ مريداً له .**

فلا بد من أرادتين ، (١) إرادة التكلم باللفظ اختياراً .

(٢) وإرادة موجهه ومقتضاه

(١) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٢٣٩ .

بل إن إرادة المعنى أكد من إرادة اللفظ ، فإنه المقصود ، واللفظ وسيلة^(١) .

ويذكرنا هذان النصان الخطيران بالصيغة المختارة لمبدأ سلطان الإرادة في الفقه الغربي الذي يقضى بأن « الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين المقد ، وفي الآثار التي تترتب عليه^(٢) . » وهما يحملان مساساً بايضا بقاعدتين مهمتين معروفتين في الفقه الإسلامي الأولى : إن الصريح لا يحتاج إلى النية . والثانية : إن إرادة الأثر هي إرادة الشارع لا إرادة العاقد . على أن خروج ابن القيم عن مقتضى هاتين القاعدتين لا يجري على إطلاقه .

ونستعرض فيما يلي نصاً لابن القيم يؤيد فيه خروج الصريح عن قاعدته ثم نتلوه بنصين آخرين يقيدان هذا الخروج . جاء في إعلام الموقعين بعد كلام ابن القيم السابق « هو قول أئمة الفتوى من علماء الإسلام . وقال مالك وأحمد فيمن قال : « أنت طالق البتة » وهو يريد أن يحلف على شيء ثم بدا له فترك النية ، لا يلزمه شيء . لأنه لم يرد أن يطلقها . وكذلك قال أصحاب أحمد . وقال أبو حنيفة من أراد أن يقول كلاماً فسبق لسانه فقال « أنت حرة » لم تكن بذلك حرة^(٣) . وقال أصحاب أحمد لو قال الأعجمي لامرأته : « أنت طالق » وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة ، لم تطلق ، لأنه ليس مختاراً للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالسكره ، فلو نوى موجبة عند أهل العربية لم يقع أيضاً ، لأنه لا يصح منه اختيار على ما لا يملكه ، وكذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يملك معناها لم يكفر ، وفي مصنف وكيع أن عمر بن الخطاب قضى في امرأة قالت لزوجها سمني ، فسمها « الطيبة » فقالت : لا . فقال لها ما تريدن أن أسميك قالت سمني خلية طالق . قال لها « فأنت خلية طالق » ، فأنت عمر بن الخطاب فقالت إن زوجي طلقني . فجاء زوجها ، فقص عليه القصة ، فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها خذ بيدها وأوجع رأسها : وهذا هو الفقه الحلي الذي يدخل على القلوب بغير استئذان ! وإن تلفظ بصريح الطلاق وقد تقدم أن الذي قال لما وجد راحلته : اللهم

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٤ .

(٢) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، ف ٤١ ، ص ١٤١ .

(٣) راجع ما سبق ف ٤٤٨ ، ص ٤٢٩ . حيث أشرنا إلى أن هذا القول مرجوح لدى أبي حنيفة .

أنت عبدي وأنا ربك أخطأ من شدة الفرح ، لم يكفر بذلك ، وإن أتى بصريح الكفر لكونه لم يرده ، والمكره على الكفر أى بصريح كلفته ولم يكفر لعدم إرادته^(١) » .

٤٧٨ — ويبدو أن ابن القيم لا يسير منطق خروجه عن قاعدة التعبير الصريح حتى غايته بل تكاد تلمس من حين إلى آخر في نصوصه نزوعاً نحو تطبيق قاعدة التعبير الصريح التي تقضى بالتمول على الإرادة الظاهرة ؛ ونورد فيما يلي نصاً آخر لابن القيم يستفاد منه اعتداده بالإرادة الظاهرة — ويدعوها قصداً حكماً — رغم انفصائها عن الإرادة الباطنة . جاء في إعلام الموقعين :

« وهذه الأفعال [صيغ العقود] إنما تفيد الأحكام إذا قصد المتكلم بها حقيقة — أو حكماً — ما جمعت له وإذا لم يقصد بها ما ينافي معناها وهذا فيما بينه وبين الله تعالى فإما في الظاهر فالامر محمول على الصحة وإلا لما تم عقد ولا تصرف . فإذا قال : بعت أو تزوجت ، كان هذا اللفظ دليلاً على أنه قصد معناه المقصود به وجعله الشارع بمنزلة القاصد وإن كان هازلاً .

وهذا شأن عامة أنواع الكلام ، فإنه محمول على معناه المنهوم منه عند الإطلاق لا سيما الأحكام الشرعية التي علق الشارع بها أحكامها فإن المتكلم عليه أن يقصد بتلك الألفاظ معانيها ، والمستمع عليه أن يحملها على تلك المعاني . فإن لم يقصد المتكلم بها معانيها بل تكلم بها غير قاصد لمعانيها أو قاصداً لغيرها أبطل الشارع عليه قصده^(٢) » .

ويقول في موضع آخر أيضاً :

إن الصيغ « هي التي أثبتت الحكم وبها وجد »^(٣) .

٤٧٩ — وأخيراً نجد ابن القيم يضع معياراً للتقيد بقاعدة التعبير الصريح وهو عدم توافر قرينة مصاحبة تنبئ عن النية الخفية ، فهو يقول : « الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتكلمين ونياتهم وإراداتهم لمعانيها ثلاثة أقسام :

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٥ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٣) المرجع السابق .

أحدها : أن تظهر مطابقة للفظ .

الثاني : ما يظهر بأن المتكلم لم يرد معناه ، وقد ينتهي هذا الظهور إلى حد اليقين بحيث لا يشك السامع فيه . وهذا القسم نوعان : أحدهما : أن لا يكون مريداً لقتضاه ولا لغيره كالمكره والنائم والمجنون ، ومن اشتد به الغضب والسكران . والثاني : أن يكون مريداً لمعنى يخالفه كالمعرض والمورى والمفزع والتأول .

الثالث : ما هو ظاهر في معناه ويحتمل إرادة المتكلم له ، ويحتمل إرادته لغيره ولادلالة على واحد من الأمرين ، واللفظ دال على المعنى الموضوع له ، وقد أتى به اختياراً وعند هذا يقال إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام ، أو لم يظهر قصد يخالف كلامه ، وجب حمل كلامه على ظاهره . . . وهذا حق لا ينزع فيه عالم . . . فالواجب حمل كلام الماقد على ظاهره الذى هو ظاهره^(١) .

٤٨٠ — ويستفاد مما تقدم أن مبدأ سلطان الإرادة الذى أشارت إليه نصوص قوية فى المذهب الحنبلى لم يسد نظرية التعبير الصريح فى المذهب الحنبلى ، ولئن استطاع هذا المبدأ أن يحدو بهذا المذهب إلى تقرير بطلان العقود المشوبة بغاظ فى التعبير والعقود الصورية ، فهو لم يقو على هدم نظرية التعبير الصريح التى تعطى الأفضلية للعنصر المادى فى التصرف فى هذا المذهب . وآية ذلك أننا وجدنا ابن القيم يصرح بأن الشارع يجعل العاقد بمنزلة القاصد إذا انفك التلازم بين إرادته الباطنة وإرادته الظاهرة ، يؤيد ذلك أيضاً قيام العقود المشوبة بعيوب الرضا فى المذهب الحنبلى ، واقصر هذا المذهب فى تأييد الخلاف فيها بين التعبير والإرادة على منفع من شئبت إرادته مجرد الخيار . وظاهر أن قيام العقود المعيبة فى هذا المذهب يعتبر حداً من انقياده لمبدأ سلطان الإرادة ، وهو حد مستمد من نظرية الإرادة الظاهرة ، قصد به حماية الثقة والاستقرار . ولعل تردد هذا المذهب فى تأييده لخلو العقود من الإكراه بين عدم الزوم « وهو مؤيد مستمد من نظرية الإرادة الظاهرة » والبطلان « وهو مؤيد مستمد من نظرية الإرادة الباطنة » ليدل بوضوح على التفاعل القائم فيه بين مبدأى الاستقرار والعدالة فى حالات الخلاف بين المظهر والحقيقة .

(١) المرجع السابق ، ص ٩٤ — ٩٥ .

٢٤ - المذهب المالكي

٤٨١ - سبق أن أتاحت لنا دراستنا لطرق التعبير عن الإرادة التعرف على مدى إيمان المذهب المالكي بمبدأ الرضائية . وطبيعى أن نلمس في الجزاءات التى يفرضها هذا المذهب لحالات الخلاف بين التعبير والإرادة صدى لذلك الإيمان . ونحن إذا ما استعرضنا هذه المؤيدات نجد تفاعلا ظاهراً بين مبدأ سلطان الإرادة ونظرية التعبير الصريح التى تقضى بالاعتداد بالإرادة الظاهرة . فبينما يتقيد هذا المذهب بمتنصيات مبدأ سلطان الإرادة فى تقريره لبطلان العقود الصورية ، والمقود المشوبة بالغلط فى التعبير ، نجده يمنح فى العقود المشوبة بالعيوب - بما فيها الإكراه - إلى فرض جزاء عدم اللزوم ، وهو فى فرضه جزاء موحداً على جميع عيوب الإرادة يفترق عن المذاهب الأخرى التى فرضت على مادون الإكراه جزاء عدم اللزوم ، ووقفت من عيب الإكراه موقفاً مغايراً متردداً بين الفساد كما لدى الأحناف ، أو البطلان كما لدى الشافعية ، أو البطلان وعدم اللزوم كما لدى الحنابلة^(١)

٤٨٢ - على أننا يجب أن نعترف هنا بأن المذهب الحنبلى كان أكثر جرأة فى تقبل مبدأ سلطان الإرادة ، بدليل أنه تردد فى عيب الإكراه بين البطلان وعدم اللزوم ، وهذا التردد ينبئ ولا شك عن المسكنة التى يحظى بها مبدأ سلطان الإرادة فى مجال الأحكام الوضعية فى هذا المذهب . أضف إلى ذلك أن اقتصاد المذهب المالكي فى تقبل الشروط العقدية ، وحساس المذهب الحنبلى لهذا التقبل ، لدليل واضح على أن المذهب المالكي لم يرق إلى مصاف المذهب الحنبلى فى إخلاصه لمبدأ سلطان الإرادة .

الفرع الثانى

النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

٤٨٣ - ونسأل الآن بعد أن أوردنا فيما سبق كافة التنظيمات التى تحدد حكم

(١) ولعل المذهب المالكي هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربى فى توحيد الجزاء الذى يرتبه على عيوب الإرادة . ففيها جميعاً يكون العقد غير لازم فيه خيار للفظ أو للتدليس أو للغب أو للإكراه والعقد غير اللازم هنا هو الذى يقابل العقد القابل للإبطال لعيب فى الإرادة فى الفقه الغربى (مـ) .
الحق ، ج ٤ ، ص ٣١٠ .

لخلاف بين عنصرى التصرف ، كيف يمكن تفسيرها في مجموعها ؟ أهناك فكرة واحدة توجه وتكمل تركيب هذا القسم الدقيق من الفقه الإسلامى ، وبعبارة أخرى أينحاز الفقه الإسلامى إلى نظرية الإرادة الباطنة أو إلى نظرية الإرادة الظاهرة ؟

لقد اختلف الباحثون في موقف الفقه الإسلامى من هاتين النظريتين ، فذهب فريق إلى أن الفقه الإسلامى موضوعى النزعة يعتمد بالإرادة الظاهرة . وذهب فريق آخر إلى أنه ذاتى النزعة يعتمد بالإرادة الباطنة .

٤٨٤ — الرأى الأول : لقد قال بالرأى الأول الأستاذ الدكتور السنهورى

وأشار إليه في أكثر من موضع في كتابيه الوسيط ومصادر الحق :

جاء في الوسيط : « فالشرعية الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد ، ويظهر أن هذا هو الذى منع من تقدم نظرية السبب فيها مع أنها شرعية مشبعة بالروح الدينية . وإذا أمكن أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامى نظرية للسبب فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية ^(١) » .

وجاء أيضاً : « أما الشرعية الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمقود بالمقاصد والممانى لا بالألفاظ والمباني ؛ إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند الممانى الظاهرة من الألفاظ التى استعملها المتعاقدان ، فلا يعمدون إلى الممانى الكامنة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من الممانى وما يستتبعه اختلاف التعمير من اختلاف الأحكام ، فليس هذا منهم في رأينا استمساكاً باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ، هذا إلى أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهزلهن جد أى أن الإرادة الظاهرة تغلب فيها حتماً على الإرادة الباطنة وهى الزواج والطلاق والعناق ^(٢) » .

وجاء أيضاً : « أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى مؤثراً الإرادة الظاهرة وإيسر شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر

(١) الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٧٠ .

(٢) المرجع السابق ، هامش ص ١٨٠ .

استجابة لمقتضيات الاثمان ، وهو يصادف فضلاً عن ذلك سنداً قوياً في الشريعة الإسلامية ، إذ هي تعمد بالإرادة الظاهرة اعتداداً بيناً ، متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة^(١)» (٢) .

وقد أكد الدكتور السنهوري ما سبق في الجزء السادس من كتابه « مصادر الحق » في صدد تفسير العقد حيث أشار إلى أن « العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة^(٣) » . وأن ثمة « قواعد في الفقه الإسلامي توهم أن العبرة بالإرادة الباطنة^(٤) » . « ولكن الصحيح هو أن العبرة بالإرادة الظاهرة^(٥) » .

٤٨٥ — **الرأي الثاني :** قال بالرأي الثاني الدكتور صبحي المحمصاني في كتابه . فلسفة التشريع في الإسلام والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية . جاء في فلسفة التشريع في الإسلام : « نرى في الكتب الفقهية وفي المجلة قواعد وضوابط تتماق يتفسير الألفاظ ومعاني التصرفات الشرعية . وهي كما سنرى لا ترى التمسك باللفظ كما زعم بعضهم ، بل ترى التحرر عن معاني الأمور وعن مقاصدها الحقيقية^(٦) » .

وجاء في النظرية العامة للموجبات والعقود : « نرى أن يترك الأمر إلى تقدير القاضي في معرفة نية المتعاقدين في جميع الأحوال على الإطلاق فيكون ذلك أقرب إلى روح الشريعة وحقيقتها (!!) . . . ويبقى الأصل في الشريعة الإسلامية أن العقد مبناه القصد الحقيقي . ولقد صدق ابن قيم الجوزية في تصوير ذلك حينما قال : « إن

(١) المرجع السابق ، هامش ص ١٧٣ .

(٢) راجع أيضاً الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ٢٠٩ — ٢١٠ . وانظر أيضاً كتاب « الشافعي » للأستاذ محمد أبي زهرة حيث يؤكد أستاذنا النزعة الموضوعية لدى الإمام الشافعي رحمه الله .

(٣) مصادر الحق ، ج ٦ ، ص ٢٩ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٢ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٦) فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي المحمصاني ، ص ٢١٦ .

الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها ، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها . . .
وأن القصد روح العقد . . .

وبعد ، فانت ترى أن هذا المبدأ هو هو (!!) ما أقرته القوانين المصرية ،
وما نص عليه قانون الموجبات والعقود اللبناني ، من أن على القاضي في الأعمال
القانونية أن يقف على نية الملزم (إذا كان الإلزام من جانب واحد) ، أو على قصد
المتعاقدين جميعاً (إذا كان هناك تعاقد) لا أن يقف عند معنى النص الحرفي (المادة
٣٦٦)^(١) .

وجاء أيضاً : « والخلاصة التي نراها هي أن النظرية السببية الإسلامية نظرية
معنوية ، مبنية على تحري الإرادة والفرض والقصد . فلذا نحن بكل احترام لا نوافق
كل الموافقة من قال من الأساتذة الأفاضل بأن نظرية السبب الإسلامية « لا يمكن
أن تكون إلا نظرية مادية » ولا بأن « الشريعة الإسلامية تمد من الشرائع التي
تتغلب فيها النظرة المادية »^(٢) .

٤٨٦ — ويؤكد العلامة ابن القيم — مدفوعاً بنزعة الذاتية المغيرة للنزعة
الموضوعية السائدة في الفقه الإسلامي — إثارة للإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ،
ويعلم في أكثر من موضع المبدأ الرئيسي في نظريته ، وهو أن الإرادة في ذاتها هي
العنصر الوحيد الهام والفعل .

جاء في كتابه إعلام الموقعين : « إن القصد روح العقد ، ومصححه ، ومبطله ،
فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ . فإن الألفاظ مقصودة لغيرها
ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها . فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها
كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه »^(٣) .

وجاء أيضاً : « ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، ص ٣٠ — ٣١
قارن ما سميأتى ، بمبحث التفسير في الفقه الإسلامي ، ف ٥٨٠ وماب .

(٢) المرجع السابق ، ص ٩٣ .

(٣) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٨٢ .

الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها . . فعلم أن الاعتبار في المقود والأفعال بمقتضاها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها^(١) . »

وجاء أيضاً : « فالنية روح العمل ، ولبه ، وقوامه ، وهو تابع لها ، يصح بصحتها ويفسد بفسادها^(٢) . »

وجاء أيضاً : « إن صيغ المقود إخبارات عما في النفس من المعاني التي هي أصل المقود ومبدأ الحقيقة التي بها يصير اللفظ كلاماً معتبراً^(٣) . »

وجاء أخيراً : « وباللفظ والمعنى جميعاً يتم الحكم ، فكل منهما جزء السبب ، وهما مجموعة . وإن كانت العبارة في الحقيقة بالمعنى ، واللفظ دليل^(٤) . »

٤٨٧ — موقفنا من هذين الرأيين : لنا أن نتساءل هنا وبعد ما لمسناه من اتجاه واضح لدى ابن القيم إلى تقرير جوهرية الإرادة في التصرفات ، أيعتل هذا الفقيه الكبير الفقه الإسلامي في نزعه هذه ؟ وهل الرأي السائد في الفقه الإسلامي يقر جوهرية الإرادة في التصرف القانوني ، أم جوهرية التمييز ؟ وهل كان الدكتور المحمضاني على حق حينما استند إلى أقوال ابن القيم لتقرير جوهرية الإرادة في التصرف القانوني في الفقه الإسلامي ؟

٤٨٨ — الواقع أن ثمة مسلمات أولية في هذا الفقه تلحق ببعض الشك على ما حاول ابن القيم أن يقرره :

أولاً — ليس في تعريف المقود في الفقه الإسلامي ما يشير إلى أنه توافق إرادتين بل فيه ما يشير إلى أنه ارتباط بين تعبيرين^(٥) . وإذا كان هذا التعريف يسفر عن النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي في دلالاته على أن الرضا ينشأ من تقابل التعبيرين ، فلا مجال للقول بأن الإرادة هي جوهر التصرف القانوني في الفقه الإسلامي وأن النزعة السائدة فيه هي النزعة الذاتية .

(١) المرجع السابق ، ص ٨٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٩٨ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٤) المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(٥) انظر الباب التمهيدى من هذه الرسالة ، ص ١٢ . وراجع ما سبق ، ف ٤٦٨ ، ص ٤٤٧ .

ثانياً — سبق أن رأينا عند بحثنا لضرورة إظهار الإرادة^(١) أن الإرادة لا يعتمد بها شرعاً إلا إذا عبر عنها صراحة أو ضمناً .

وظاهر أن هذا المبدأ ينتمى إلى نظرية الإرادة الظاهرة وهو يعتبر نقطة البداية في تنظيم دور التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامى .

ثالثاً — رأينا عند بحثنا لطرق التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامى المكانة المهمة التى يحتلها اللفظ بين أنداده من وسائل التعبير ، ورأينا بوضوح كيف وصل الحد بنفاة التماطى إلى تقرير جوهرية اللفظ فى التصرف دون الرضا^(٢) .

وأخيراً وجدنا المسلمات الأصولية تقرر أن الحكم يدور مع المظنة ، وأنه لا عبرة للمثنية^(٣) ولقد استقرأنا تطبيق هذا المبدأ فى نظرية التعبير الصريح فألفينا نصوصاً قاطعة على أن الحكم يتعلق بعين التعبير ، وسواء اتجهت إرادة صاحبه إلى إحداث الأثر الشرعى أم لم تتجه^(٤) .

وليس من شك البتة فى أن ما تقضى به نظرية التعبير الصريح هو نفسه ما تقضى به النظرية المادية فى التعبير ، فكلاهما يصدر من معين واحد : إنه الثقة بالعنصر المادى فى التعبير ، والارتياح بما وراءه من عنصر معنوى . وتبدو خطورة هذه الثقة إذا عرفنا أن مبدأ التعبير الصريح يعتبر نقطة انطلاق لتنظيم دور التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى .

وأخيراً عمدنا إلى استقراء تطبيقات نظرية التعبير الصريح فى حالات الخلاف بين التعبير والإرادة ، فوجدنا لها تطبيقات صادقة فى التصرفات غير القابلة للفسخ التى يستوى جدها وهزلها ، وفى التصرفات التى يخالطها تحفظ ذهنى والتى لا يؤبه فيها لانجاء إرادة صاحب التعبير إلى غير محتملات لفظه . ورأينا أيضاً كيف أقام الفقه الحنفى العقد فى حالات الخلاف الأخرى على مجرد العنصر المادى مقتصرأ على الحد الأدنى

(١) انظر الباب الأول ، ص ٣٧ وما ب .

(٢) انظر الباب الثانى ، ف ٢٥٥ ، ص ٢٤٩ .

(٣) انظر الفصل الأول من الباب الثالث ، ف ٢٩٥ ، ص ٢٩٥ .

(٤) انظر الفصل الثانى من الباب الثالث ، ف ٣١١ ، ص ٣٠٩ .

من العنصر المعنوى فى إرادة التعبير ولا شك أن هذا الاختصار يسفر عن ثانوية الرضا فى مجال التصرف^(١)

٤٨٩ — **ملطقات الأرض بالإرادة الظاهرة** : فليس ثمة من شك إذن فى انتساب الفقه الإسلامى إلى نظرية الإرادة الظاهرة . وإنما الشك يمكن أن يحوم حول دعوى انفرادها فى ساحة العمل ، ذلك لأن الفقه الإسلامى ، إذا كان يحرص على هذه النظرية سمياً وراء استقرار العلاقات الإرادية الذى يعتبر من سماته الخاصة ، فهو فى نفس الوقت ليس بزاهد فى الركون إلى مبدأ العدالة ، وما يقضى به من أخذ بالإرادة الباطنة سمياً وراء تحقيق التوازن بين المظهر والحقيقة فى مجال العلاقات الإرادية . وسنرى أن مبدأى الاستقرار والعدالة يسيران جنباً إلى جنب — وإن كانت الغلبة للأول — بحيث نستطيع أن نقول إن نظرتى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة تمتزجان فى أحكام الفقه الإسلامى ، وتعاونان بدل أن تستبعد إحداها الأخرى . وينتج من مزاجهما عدد وفير من التنظيمات المعدة لحل مشكلة العلاقة بين الإرادة المعلنه والإرادة الحقيقية . وإليك فيما يلى هذه التنظيمات :

أولاً: الاعتبار الدينى والاعتبار القضاى : إن أول تنظيم يعمده الفقه الإسلامى لحل مشكلة العلاقة بين الإرادة المعلنه والإرادة الحقيقية هو تمييز جوهرى — يقول به باعتباره تشريعاً دينياً دون التشريعات الوضعية التى لا تقيم له أى وزن — إنه تمييز الأحكام إلى أحكام قضائية وأحكام ديارية ، وإن شئت قلت إعطاء الأثر الواحد اعتبارين ، اعتباراً قضائياً واعتباراً دينياً ، ومؤدى الاعتبار القضاى أن ينظر إلى الصورة المادية للواقعة أو التصرف ، وما يترتب عليها من أثر فى الخارج ، وهى محل القضاء والإلزام ، بينما مؤدى الاعتبار الدينى النظر إلى الباعث على العمل والنية المقترنة به ، واعتبارها أساس المؤاخذه الخلقية ومناط العقاب والثواب من الله تعالى .

ولئن كان الاعتبار الأول — كما هو ظاهر من اسمه — هو مناط تعويل القضاء فإن الاعتبار الثانى هو مناط تعويل الافتاء . فإذا ما زل لسان مستفت بطلاق ، افتاه المفتى بحل زوجته ، رغم صيرورتها أجنبية عنه فى نطاق القضاء .

(١) راجع فى السكال بن هام لركنية الرضا فى تعريفه البيع ماسبق ، ف ٦٨ ، ص ٤٤٧ .

وهكذا يعمل الاعتبار الدينى عمله فى تلطيف نتائج الإيمان فى التمويل على
العنصر المادى فى التصرف القانونى مسهماً فى حل مشكلة العلاقة بين الإرادة والتعبير
فى الإطار الخلقى .

ثانياً: المظنة قرينة غير قاطعة : لقد رأينا سابقاً فى بحوث العلة أن اعتبار المظنة قرينة
قاطعة لم يكن موضع إجماع الفقهاء بل لقد ذهب الجمهور إلى أن هذه القرينة غير قاطعة .

ثالثاً: نظرية التعبير الكنائى : إن نظرية التعبير الكنائى وما تستتبعه من اعتداد
بالإرادة الباطنة فى الفقه الإسلامى تعتبر منفذاً هاماً تتسرب منه مقتضيات العدالة
إلى النظرية العامة فى هذا الفقه التى تقضى بالتمويل على العنصر المادى فى التصرف .

رابعاً: الشروط المطالبة : إن القيود التى يحيط بها الفقهاء التعبير الصريح —
من اعتراف العرف به ، واستعماله فى معنى وحيد منحصراً ، وتبادر معناه إلى الذهن
بمجرد سماعه ، وعدم مصاحبة لقرينة تصرفه عن معناه — تكفل بدورها عامل
العدالة بالنسبة لمن صدر منه التعبير، ذلك لأن المشرع — بعدما ضمن افتراض مطابقة
التعبير للإرادة بواسطة هذه القيود — ليس يعتبر متحكماً إذا ناط الحكم بتعبيره .

خامساً: التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر : ليست تعنى النظرية المادية
فى التعبير فى الفقه الإسلامى إهمالاً تاماً للعنصر المعنوى بل هى — شأنها فى ذلك شأن
النظرية المادية فى التعبير فى الفقه الغربى^(١) — تعتمد بالتفرقة الشهيرة بين إرادة التعبير
(الاختيار) وإرادة الأثر (الرضا) ، وتمول على الأولى دون الثانية . وهذا ما دعا الفقه
الإسلامى إلى إبطال التصرفات الصادرة من عديمى الأهلية والنائم والمنمى عليه
والسكران والتعبيرات الحكائية . ويقدم هذا الإبطال دليلاً جديداً على إبعاد شبهة
التحكم عن المشرع ، وعدم تردده فى اعتبار العنصر النفسى فى حدود معينة .

سادساً: تنويع الجزاء : وأخيراً إن أهم تنظيم فقهى قاطع فى عدم استبعاد الإرادة
الباطنة وعامل على تحقيق التعاون بين الاستقرار والعدالة هو عدم اطراد تصحيح

(١) راجع ما سبق ، ف ٢٨٣ ، ص ٢٨٢ — ٢٨٣ .

القصرقات التي تنقسم فيها الإرادة الممثلة عن الإرادة الحقيقية كما يقضى بذلك منطق نظرية التمييز . ولقد رأينا ان المذاهب الفقهية قد لجأت فعلاً إلى معالجة حالات الخلاف كلا على حدة ووضعت لكل منها شروطه الخاصة وجزاءه المناسب ، ولم تفرض على هذه الحالات جميعاً حلاً اعتبارياً موحداً . وإنما لنجد في التزام هذه المذاهب جانب المرونة في تنويعها لهذه الحلول — مخففة في ذلك مساوية الصلابة التي يقضى إليها منطق نظرية التمييز — دليلاً صادقاً على رغبة الفقه الإسلامي في تحقيق الموازنة بين عامل الاستقرار والعدالة . على أن تفاعل هذين العاملين ليس على درجة واحدة في المذاهب الإسلامية . بل هو يختلف قوة وضعفاً حسب العوامل البارزة التي تتدخل في هذا التفاعل لدى المذاهب المختلفة^(١) .

والخلاصة : إن دراستنا للأحكام الوضعية في حالات الخلاف بين التمييز والإرادة قد انتهت بنا إلى أن الفقه الإسلامي لا ينحاز إلى إحدى النظريتين المعروفتين انحيازاً مطلقاً ، وإنما هو ينحاز إلى جانب نظرية الإرادة الظاهرة ، ويأخذ من نظرية الإرادة الباطنة بقدر . إن القدر الذي يأخذ به الفقه الإسلامي من أحكام نظرية الإرادة الباطنة — مطلقاً به حدة الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة — يختلف من مذهب إلى آخر ، ومرد هذا الاختلاف يرجع إلى عوامل متعددة أهمها اختلاف هذه المذاهب في نظرتها إلى تمييز جوهرى سائد في الفقه الإسلامي ، هو التمييز بين إرادة التمييز وإرادة الأثر .

ولقد رأينا أن هذا التلطيف يشهد نصيبه في المذهبين المالكي والحنبلي اللذين يمدان بأيديهما إلى النزعة الذاتية لدى واسع . ويقل في المذهبين الشافعي والحنفي — ولا سيما في الأول منهما — اللذين يلتزمان جانب الحيطة في هذا التلطيف . ونشرع فيما يلي بدراسة نظرية السبب عساها تلقى نوراً جديداً يؤيد وجود تيار ذاتي يشق طريقه في التنظيم المملى للمذهبين الحنبلي والمالكي .

(١) راجع هذه العوامل فيما سبق ، ف ٤٦٢ وما ب ، ص ٤٤٣ وما ب .

الكتاب السابع

نظرية السبب في الفقه الإسلامي

٤٩٠ — تعرفنا فيما سبق على الجوانب المختلفة للإرادة التصرفية . وعرفنا منها إرادة التعبير وإرادة الأثر ، وإرادة الإعلام . وتساءل هنا — استكمالاً لدراسة كافة العناصر المعنوية في التصرف القانوني في الفقه الإسلامي -- عما إذا كان هذا الفقه يحفل بالبواعث والدوافع التي تدفع الإرادة التصرفية إلى العمل . وإذا كان يحفل بها ، ما هي شرائطه ؟ أيشترط بروزها في صلب التعبير أسوة بالتشريعات ذات النزعة الموضوعية ؟ أم أنه يزهد بهذا الاشتراط على غرار التشريعات ذات النزعة الذاتية ؟ وفيما عدا ذلك ، فإنه يتمين علينا أن نتساءل عن موقف الفقه الإسلامي من نظرية السبب القصدي الذي انفرد الفقه اللاتيني بالاعتداد به . هل أقره أم أهمله ؟ وإذا كان مصيره الأهمال فما هي الوسائل التي يقدمها لكي تحل محله ؟ .

للإجابة عن هذه المسألة وتلك يتمين علينا أن نلم إلمامة سريعة بالحلول التي يقدمها الفقه الغربي — بشطريه اللاتيني والجرماني — لمعالجتها ، ذلك لأن نظرية السبب في الفقه الإسلامي قد شاركت نظرية السبب في هذين الفقهين في بعض خصائصها .

الفصل الأول

نظرية السبب في الفقه الغربي

- ٤٩١ — نتكلم في نظرية السبب في الفقه الغربي في مظاهرها الثلاثة الآتية :
- (١) نظرية السبب في الفقه اللاتيني الحديث . (٢) النظرية الإيطالية في السبب .
 - (٣) نظرية السبب في القانون المدني الألماني .

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه اللاتيني الحديث

كلمة تمهيدية

٤٩٢ - تستعمل كلمة السبب في الفقه اللاتيني للدلالة على معان ثلاثة :

(١) السبب المنشئ : ويقصد به المصدر المولد للالتزام ، أى الواقعة القانونية التى أنشأت الالتزام كالعقد ، والفعل الضار . وهذا المعنى هو المقصود فى قولنا « الإثراء بلا سبب » وهو المراد من كلمة السبب فى اصطلاح الفقه الإسلامى .

(٢) السبب القصدى : وهو الغرض المباشر الذى يرمى إليه العاقد من وراء التزامه . فى عقد البيع يكون السبب القصدى لالتزام البائع ، هو الحصول على التزام المشتري بالثمن ، وكذلك سبب التزام المشتري ، الحصول على التزام البائع بنقل الملكية . وهذا الغرض المباشر لـ كل من البائع والمشتري يتكرر فى كل بيع ، وهو لا يختلف من بائع إلى آخر ، ولا من مشتر إلى آخر ، ويوجد فى داخل العقد لا خارجه . فلا يصح البحث عنه فى الدوافع النفسية الحاملة على التعاقد .

(٣) السبب الدافع : وهو الباعث الذى دفع التعاقد إلى التعاقد .

فى عقد البيع ، يكون الباعث للبائع على البيع ، الحصول على الثمن ، ليسدد به ديناً ، أو يشتري به منزلاً أو ليفتح متجرّاً ، أو لينفقه فى العلاج ، أو السياحة . أو التلم . ويكون الباعث للمشتري على التعاقد الحصول على الدار للسكن ، أو للتأجير ، أو لاستعماله متجرّاً ، أو نادياً ، أو داراً للقمار .

ويلاحظ أن الباعث ، يختلف من بائع إلى آخر ، ومن مشتر إلى آخر ، وهو لا يقع فى نطاق العقد ، بل يقوم فى نفس التعاقد .

والسبب على المعنى الثانى تقتضيه ضرورة فنية لذلك يمكن أن نسميه « السبب

الفنى « أما السبب على المعنى الثانى ، فتقتضيه ضرورة حماية مصلحة المجتمع ، لذلك يمكن أن نسميه « السبب المصلحى ^(١) » .

الفرع الأول

السبب الفنى

٤٩٣ — **السبب والإرادة** : السبب هو ركن فى إرادة الإلتزام . وركنيته فى هذه الإرادة تفسر تلازمه معها ، فحيث توجد الإرادة يوجد السبب ، وإذا وجدت إرادة بلا سبب ، كإرادة المجنون وإرادة عديم التمييز . كانت هذه الإرادة خارجة عن المعنى القانونى ، ذلك لأن الإرادة المعتبرة قانوناً لابد لها من سبب . هذا ولم نقل أن السبب ركن فى الإلتزام ، لأن الإلتزام قد يفرضه القانون ، لا الإرادة . ولم نقل أيضاً ، إن السبب ركن فى العقد ، لأن ضرورة توافره تمتد إلى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد .

٤٩٤ — **السبب والشكل** : إذا كان السبب والإرادة عنصرين متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر . فالسبب والشكل عنصران متمازمان . فالسبب حيث يرى الشكل لا يحمل مكانه ، فى ظل القانون الرومانى ، حيث كانت السيادة للشكل فى إنشاء العقد ، لم يكن للسبب من أثر . ولما ضمف حظ الشكل إبان ظهور مبدأ الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ، ليكون قيداً لها بدلا من الشكل . وفى العصر الحديث ، حيث تسكاد الشكالية تنعدم ، نرى نظرية السبب يانعة مزدهرة .

ويشترك السبب والإرادة ، فى أن كلا منهما قيد على الإرادة . ويرجع هذا التقييد إلى أن الإرادة القانونية قوة تحرك الآثار القانونية . فكما أن القوة المحركة فى عالم الفيزياء تحتاج إلى دولا ب معدل بقيد جموحها ، فكذلك الإرادة القانونية تفتقر إلى قيد ؛ وهذا القيد إما أن يكون « الشكل » وهو قيد تحكى قد يصل إلى حد إلغاء الإرادة ، وإما أن يكون « السبب » وهو مجرد قيد نفسى .

(١) راجع النظرية العامة للإلتزام للدكتور عبد الحى حجازى فى ١٣١ ، ص ١٠٢ .

٤٩٥ — السبب والرضا : الرضا عنصر فوري . لا يطلب إلا وقت نشوء الالتزام . وهو مجموع الإرادات . وهو لا يحتفل به إلا عند انعقاد العقد . ولا يؤبه لتغيره بعد هذا الانعقاد . أما السبب ، فهو عنصر مستمر ، يجب أن يوجد ليس فقط وقت انعقاد العقد ، بل يجب أن يوجد من عهد الالتزام إلى انقضائه . وخاصة الاستمرار هذه في السبب هي التي أتاحت إقامة نظام الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة .

٤٩٦ — السبب الفني في طوائف العقود المختلفة : يكون السبب الفني في النظرية التقليدية على الشكل الآتي :

في العقود الملزمة للجانبين ، سبب التزام كل من العاقدين هو التزام المتعاقد الآخر . وفي العقود الملزمة لجانب واحد ، نفرق بين العقود العينية والعقود الرضائية . ففي الأولى ، كالقرض والعارية ، سبب التزام المقرض أو المستعير هو تسلم مبلغ القرض أو العارية .

وفي الثانية ، كالوعد بالبيع ، سبب التزام الواعد هو إتمام العقد الموعد به .

وفي عقود التبرع ، سبب التزام المتبرع هو نية التبرع .

٤٩٧ — والشرط الوحيد المطلوب في السبب الفني هو أن يكون موجوداً^(١)؛

(١) حجازي ، ف ١٣٥ ، ص ١٠٥ . فالسبب الذي هو أقرب الدوافع إلى الملزم والذي لا يختلف من شخص إلى آخر في النوع الواحد من الالتزام ، لا يشترط فيه إلا أن يكون موجوداً . فلا يشترط فيه أن يكون مشروعاً ، فهو لا يتصور أن يكون غير مشروع . ويقول (ف ١٦٤ ، ص ١٣٦) : « إن السبب الفني لا يمكن استخدامه لتحقيق المصلحة الاجتماعية التي تقتضي بحث الدوافع الذاتية إذ أنه بطبيعته فكرة موضوعية لاصلة لها مطلقاً بالدوافع الذاتية عند المتعاقدين » . ويؤكد هذا المعنى أيضاً ف ١٤٧ ، ص ١٢٠ إذ يقول : « إن السبب باعتباره عنصراً فنياً لا يتصور أن يكون غير مشروع » . وإذن فشرط المشروعية لا بد أن يكون متعلقاً بالسبب باعتباره عنصراً مصلحياً لا باعتباره عنصراً فنياً » . أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس ، نظرية العقد ، ف ١٦٤ ، ص ٢١١ إذ يقول : « وأما فيما يتعلق بمشروعية السبب فإن المشرع ، لا ينفذ عند حد السبب التقليدي ، لأن الأخير لا يتصور فيه عدم المشروعية » .

ويرى الدكتور أبو عافية ، أنه من الممكن تصور عدم مشروعية السبب في فرض واحد . يقول =

فإذا لم يوجد لالتزام أحد الماقردين سبب ، كان العقد باطلا . فإذا تعاقدت مع أحد الأشرار على أن أدفع له مبلغ ١٠٠٠ ل . س ، لقاء التزامه بعدم خطف ولدى ، كان تعهدى باطلا ، لانعدام سببه ؛ لأن الملتزم هو ملزم بحكم القانون أن يتمتع عن خطف ولدى ، وإذا كان قد خطفه ، فهو ملزم بحكم القانون أن يرده إلى وهو بالتزامه إلى بعدم خطف ولدى لم يضاف إلى التزاماته القانونية التزاماً جديداً في مقابل المبلغ الذى تعهدت له به ، فيكون تعهدى دون سبب ويقع باطلا .

المطلب الأول

دور السبب الفنى فى تكوين العقد

٤٩٨ -- إن السبب الفنى يتيح لنا إبطال عقود فى حالات لا يمكن فيها إبطالها للمحل وحده . فلو أننا اكتفينا بركن المحل ، كما يقول خصوم السبب ، لوجب أن يستقل كل التزام عن الآخر فى العقود الملزم للجانبين . وتكون نتيجة هذا الاستقلال أن يبطل الالتزام ذو المحل المستحيل ، أو غير المشروع دون الآخر .

(أ) فلو تعاقد شخص مع آخر على أن يدفع له مبلغاً من المال لقاء تشهيره بشخص معين ، يكون الالتزام الأول بدفع مبلغ من المال صحيحاً لمشروعية محله . أما الالتزام الآخر بالتشهير فهو وحده يبطل لعدم مشروعية محله .

(ب) ولو تعاقد شخص مع آخر على أن يدفع له مبلغاً من المال لقاء التزامه بنقله

== فى كتابه التصرف المجرد (ف ٢٦ ، ص ١٠٤) : « فالنظرية التقليدية معناها أن القضاء لا يملك محاربة عدم المشروعية لحماية المصالح الاجتماعية الأساسية إلا فى الحدود الضيقة الجامة المرسومة للسبب ؛ فببطلان التبرعات والعقود العينية جميعاً لعدم مشروعية السبب ، لأن نية التبرع فى ذاتها ، أو تسليم الشيء فى ذاته ، لا يمكن أن يكون غير مشروع . وكذلك لاسبيل إلى إبطال العقود التبادلية ، لعدم مشروعية السبب ، إلا فى فرض واحد ، هو أن يكون محل أحد الالتزامين غير مشروع ، فيبطل الالتزام المقابل لعدم مشروعية السبب .

ونحن نذهب مع القائلين بأن السبب الفنى لا تتصور فيه عدم المشروعية ، حتى فى الحدود الضيقة التى حددها الدكتور أبو عافية ذلك لأنه عندما يكون محل أحد الالتزامين غير مشروع ، فإن هذا الالتزام يبطل ، وبطلانه يؤدى إلى انعدامه ، ومعنى هذا أن الالتزام المقابل الآخر قد أضحى بدون سبب ، فيبطل لعدم مشروعية سببه ، بل لانعدام سببه .

من دمشق إلى القاهرة في دقيقة واحدة ، يكون الالتزام الأول بدفع مبالغ من المال صحيحاً لمشروعية محله . أما الالتزام الآخر بالنقل ، فهو وحده يبطل ، لاستحالة محله .

يبين من المثالين السابقين أننا إذا سرنا مع منطق خصوم السبب واقتصروا على اشتراط المحل لاستقل كل التزام عن الآخر . ولبطل الالتزام ذو المحل المستحيل أو غير المشروع دون الآخر . أما إذا اشتراطنا السبب ركناً مقوماً في العقد ، فعندها يتسنى لنا إبطال هذه الالتزامات الصحيحة لارتباطها بالتزامات أخرى ، محلها مستحيل أو غير مشروع وفي هذه الناحية يبرز الدور الهام الذي يقوم به السبب الفني في تكوين العقد .

المطلب الثاني

دور السبب الفني في تنفيذ العقد

٤٩٩ — إن دور السبب الفني في تنفيذ العقد يفوق في أهميته دوره في تكوين العقد . ففي العقود الملزمة للجانبين وهي المجال الحقيقي لنظرية السبب ، إذا اعتبرنا سبب التزام كل طرف ، لا مجرد وجود الالتزام المقابل ، بل تنفيذه حسب التعديل الذي أوجده كاييتان : فإن فائدة السبب تبدو واضحة إذ يسفر لنا عن سر ارتباط مصير كل من الالتزامين المقابلين بمصير الآخر ، وفي الوقت نفسه ، يقدم لنا الأساس القانوني لثلاثة من أهم الأوضاع القانونية وهي الامتناع المشروع عن الوفاء ، والفسخ وتحمل التبعة .

(١) فإذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ، وطالب الآخر بالتنفيذ ، فلهذا الأخير أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا ما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ أو الامتناع المشروع عن الوفاء ، ومصدره إلى السبب .

(٢) وإذا لم يقم المدين بالتزامه ، جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد ، لعدم تحقق سبب الالتزام . فنظرية الفسخ إنما تستند إلى فكرة السبب .

(٣) وإذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بقوة قاهرة ، فامتنع تحقيق سببه الالتزام الآخر ، فإن هذا الالتزام يسقط ، ويتحمل الأول تبعة الاستحالة . وهذه هي نظريته تحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين ، ومرجعها إلى السبب .

الفرع الثاني

السبب المصلحي

٥٠٠ - لئن كانت النظرية التقليدية تتطلب السبب الفنى لسلامة العقد من الناحية الفنية ، نشوءاً وتنفيذاً . فإن الفقهاء الكنسيين قديماً ، والاجتهاد القضائي حديثاً ، قد تطلبا توافر السبب المصلحي - وهو مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد - لسلامة العقد من الناحية الأدبية والاجتماعية . إن هذين السببين ضروريان ومتكاملان وليس من سبيل الاستغناء بأحدهما عن الآخر ^(١) .

ذلك لأن العقد إلى جانب كونه أداة فنية يقصد بها الوصول إلى أغراض عملية معينة ، فهو كائن اجتماعي يلد ويحى في المجتمع ، فلا مناص إذن من صراعاته أهداف المجتمع ومصالحه فإذا ما كان الباعث البعيد الذى حدا بالتعاقد إلى القيام به غير مشروع وقف المشرع في وجهه ، ليدرك الخطر الذى يحمله إلى المجتمع . وليس لأطراف العقد أن

(١) ونحن لا نوافق المذكرة الايضاحية ، ولما يذهب إليه أستاذنا الدكتور السهورى من أن المشرع السورى قد اقتصر على الثانى منهما للأسباب الآتية :

(١) إن السبب الفنى ، يقدم لنا الأساس القانونى لثلاثة من الأوضاع القانونية ، وهى الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة . وهذه الأوضاع لا يمكن تأسيسها على السبب المصلحي .

(٢) إن السبب الفنى ، هو المقصود فى المادة ٢٠٣ التى تذهب إلى أن « الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لالتزام مدنى » .

(٣) وأخيراً إن اعتماد المشرع السورى بالتصرفات المجردة على سبيل الاستثناء لدليل على أن الأصل فى الالتزامات فيه أن تكون مسببة .

(٤) إن نص المادة ١٣٧ : « إذا لم يكن للالتزام سبب . . . كان العقد باطلا » يدل على أن المشرع تصور إمكان اتجاه الإرادة نحو إلزام صاحبها دون أن يكون لذلك سبب وهذه الصورة لا يمكن أن تتحقق ، إذا كان المقصود بالسبب الباعث الدافع ، لأن ما من إرادة إلا ولها باعث يحركها ، إلا إذا كانت إرادة صادرة من عدم الأهلية ، وهذه لا يعتد بها القانون . فالمقصود بالسبب فى هذه المادة إذن ، هو السبب الفنى ، لأنه من الممكن تصور تخلفه . راجع أيضاً أبا سبتة س ٢٣٤ ؛ مرفس ، ص ٢١١ ؛ حجازى ص ، ١٦٠ .

يحتاجوا بصحة السكيان الفني للمقد ، ذلك أن هذا السكيان يجب أن يوزن الباعث عليه بميزان المصلحة الاجتماعية ، فإذا كان هذا الباعث يتفق وأهداف المجتمع ، أقر الشارع وجود المقد ، وإذا كان يناهض هذه الأهداف ، وقف الشارع في وجهه وأبطله جزاءً . وفي هذا يقول دوجي Duguit إنه لضرب من الخيال أن يراد إنشاء قانون مدني موضوعي لا تحفل فيه البتة بنوايا المتعاقدين « فليس يشفع إذن لمرص التصرف من الناحية الاجتماعية صحته من الناحية الفنية بل إن ذاك المرض المصلحي لمود بهذه الصحة الفنية لا محالة ، ولا اتصال هذا الباعث الدافع إلى التماقيد بمصلحة المجتمع وأهدافه أسمىناه « سبباً مصلحياً » (١) .

٥٠١ — ويشترط لإعمال السبب المصلحي شرطان :

(١) أن يكون ثمة غرض غير مشروع .

(٢) أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الغرض (٢) ويجري إعمال هذا السبب بصورة احتياطية ذلك أن الأصل في السبب الفني أن يحجب البواعث النفسية الكامنة وراءه ، ولا يتسنى لباعث من هذه البواعث أن يخترق هذا الحجاب الذي يسدله السبب الفني عليها ، إلا إذا حقق شروطاً ثلاثة بأن كان باعثاً رئيسياً ، وغير مشروع ومملوماً من المتعاقدين الآخر في عقد ملزم للجانبين ، « فحينئذ يبرز هذا الباعث ، وتزكم

(١) وبلاحظ أن تدخل المصلحة والمقتضيات الفنية في عنصر السبب شأنه كشأن تدخله في عنصر الحل . فكما أن الحل ركن فني في الالتزام ، والمشروعية شرط فيه ، فكذلك السبب . ولكن مع هذا الفارق هو أن الحل الفني والحل المصلحي متعبدان ، بينما نجد ثمة شيئاً من التمايز بين السبب باعتباره عنصراً فنياً والسبب باعتباره عنصراً مصلحياً .

(٢) يرى الأستاذ الدكتور عبدالحى حجازي ف ١٧٣ ، ص ١٤٢/١٤٣ : أن هذا الشرط لا يعمل إلا في عقود المعاوضة . إذ يجب في هذه العقود أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً عند المتعاقدين . أما في عقود التبرع ، فلا يلزم شيء من ذلك عند الموهوب له ، بل يبطل العقد ولو لم يكن الموهوب له عالماً بالباعث غير المشروع الذي دفع الواهب إلى التبرع ، فضلاً عن أن يكون مشتركاً فيه ؛ ذلك أن من تلقى شيئاً بدون مقابل يكون في الرعاية دون من يتلقى الشيء بمقابل . هذه التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع تفرقة سائقة ، لما أن الذي يبررها هو الحرص على استقرار العقود . واستقرار العقود في المعاوضات أولى منه في التبرعات . فعقود المعاوضات هي القاعدة ، أما عقود التبرع فاستثناء ، يعامله القانون معاملة المشكك المستريب . قارن الدكتور حشمت أباسيتيت خ ٢٣١ ، ص ٢٢٦ ؛ والوسيط ، ح ١ ، ف ٢٨٣ ، ص ٤٥٩ .

رائحته الأنوف ، وبهتك الستار الذى كان يعزله عن السبب القصدى ، وبمع بدلك فى نطاق المقد ، فيؤثر فيه بالبطلان ^(١) »

فلو أستأجر شخص منزلا لإنشاء معمل لتزييف النقود يكون هذا المقد سليما من الناحية الفنية ، باخلا من الناحية المصلحية . أما سبب صحته من الوجهة الفنية ، فلأن مقتضيات الفنية لا تسأل إلا عن وجود الانتفاع ، والأجرة وهذه عناصر موضوعية مجردة . وهى عاجزة عن إبطال المقد لعدم مشروعية غايته . والوسيلة التى تتيح لنا هذا الإبطال وحماية مشروعية الغاية هى السبب المصلحى ، الذى يتيح للقاضى أن ينقب فى بواعث التماقدين ونواياهم ، فإذا ما استشف باعنا دافعا رئيسيا ، غير مشروع ، ومعلوماً من الطرف الآخر ، أبطل هذا المقد جزاءً وفاقاً .

٥٠٣ — نتهى مما تقدم إلى أن أحدث الأنظار فى الفقه اللاتينى يشترط فى الإرادة التمافية شرطين :

(١) إن يكون لها سبب .

أن يكون هذا السبب مشروعاً . ورأينا أن السبب فى الشرط الأول ، يحمل على السبب بالمعنى الفنى . بينما يحمل السبب فى الشرط الثانى على السبب بالمعنى المصلحى ورأينا أيضاً أن السبب الفنى هو عنصر تكوين وتنفيذ وأن السبب المصلحى هو عنصر تكوين فقط ، وأنه لا بد لإعماله من علم الطرف الآخر به فى المقود الملزمة للجانبين .

المبحث الثانى

النظرية الإيطالية فى السبب

٤٠٣ — تذهب هذه النظرية ، إلى أن السبب هو « وظيفة التصرف القانونى نفسه » ، وقد قال بها شيالوبا الإبطالى ^(٢) وعنى بها بمدى الفقهاء الإيطاليون عناية كبيرة ، حتى كاد المذهب الشخصى للسبب يختلف من إيطاليا .

(*) راجع التصرف الجرد للدكتور محمود أبى عافية ، ف ٣٥ و ماب ، ص ١٣٤ و ماب .

(١) نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ١٦٤ ، ص ٢١١ .

(٢) شيالوبا ، التصرفات القانونية ، دروس القيت عام ١٨٩٢ — ١٨٩٣ . انظر الخطوات

التي مرت بها هذه النظرية فى . ج . ديانا ، مقال بعض الإيضاحات عن السبب .

٥٠٤ — وظيفة السبب : والسبب في مفهوم هذه النظرية الجديدة ، يمتاز بأنه

منفصل عن الإرادة الخاصة ، ومتصل بإرادة القانون ؛ ومهمته في النظام التماقدي ، هي كسكل العناصر الجوهرية ، تحديد نوع المقد ، فوظيفته إذن محددة من حيث أنها تمثل وظيفة التصرف القانوني أو الغرض منه^(١) .

٥٠٥ — تمييز السبب عن الباعث : وهذا السبب من جهة أخرى — منظوراً

على أنه وظيفة التصرف القانوني — يفترق عن البواعث النفسية التي تحرك إرادة منشيء التصرف ولا يختلط بها ، ذلك « لأننا إذا وقفنا اهتمامنا على هذه الناحية المادية من التصرف ، أعنى على السبب بهذا المعنى ، فلا يمكن أن يختلط السبب بالبواعث الدافعة ، ف تلك اعتبارات ذهنية داخلية لا تتصور قطعاً على هذا الشكل المادى الخارجى الذى يأخذ السبب ، منظوراً إليه باعتباره وظيفة التصرف^(٢) » .

٥٠٦ — وظيفة التصرف القانوني : وما دامت وظيفة التصرف هي السبب

في مفهوم هذه النظرية الجديدة ، فيجب علينا أن نعرف ماهيتها ؟ يجب عن ذلك دى روجيرو بقوله : « الواقع أن كل تصرف في ذاته وبذاته ، أعنى منظوراً إليه نظرة مادية له غرض اقتصادى قانوني ، يسوغ وجوده ، وينفصل عن البواعث الخاصة الفردية للشخص . فالسبب هو الغرض الاقتصادى القانوني ، الذى يعترف به القانون ويحميه ، هو الوظيفة التي يرمى إليها التصرف ، منظوراً إليه نظرة مادية^(٣) » . ومعنى ذلك ، أنه في هذا المذهب ينظر الى التصرف ، منفصلاً عن الشخص الذى يبرمه ، ويتخذ من الوظيفة القانونية لهذا التصرف سبباً له . ويضرب فرارا Ferrara لإيضاح هذه الفكرة مثالين : أحدهما عن البيع ، والآخر عن الهبة : « السبب في البيع يكون هو تبادل الشيء بالثمن ، أى تبادل التماقدين للمنافع الاقتصادية القانونية

(١) مالفاجينا سيمون ، مقال مسألة السبب ، ف . ٣ . شيالويا ، المرجع السابق ، ص ١٦١

و ما ب .

(٢) شيالويا ، المرجع السابق .

(٣) دى روجيرو ، نظم القانون المدنى ، الطبعة السادسة ١٩٣٢ ج ١ ، ف ٢١ ، ل . فرارا ،

ج ١ ، ف ١٩١ . Istituzioni di diritto Privato, Torino, 1939

المتقابلة ، وفي هذا التبادل يتركز التصرف ، بجوهره الضروري السكافي ، بصرف النظر عن جميع الأغراض الداخلية المحتملة والمتغيرة ، التي تدفع الطرفين إلى هذا التبادل المادى . والسبب في الهبة هو النية القاطعة في التخلي عن مال خاص بلا مقابل ، بقصد التبرع الموهوب له ، دون نظر إلى الباعث الداخلى الذى أوحى بهذا التخلي المالى المجانى^(١) .

٥٠٧ — وجهه السبب والخلاف بين النظريتين الإيطالية والفرنسية : إن وجوه

الشبه بين النظريتين تنحصر في أمرين :

أولاً : إن كلا من النظريتين ، يحتفظ بالفرقة بين السبب والباعث .

ثانياً : إن السبب في كل من النظريتين عنصر ثابت لا يتغير في النوع الواحد من التصرفات القانونية .

أما وجوه الخلاف ، فتنحصر في أمر واحد ، وهو أن السبب والباعث في النظرية الفرنسية ، عنصران من طبيعة واحدة ، كلاهما عنصر نفسى داخل في تركيب الإرادة الخاصة .

أما السبب في النظرية الإيطالية فيختلف في طبيعته عن الباعث ، فالسبب هو الوظيفة القانونية للتصرف نفسه معتبراً بذاته ، دون نظر إلى الإرادة التى أنشأته .

وبوضح الدكتور محمود أبو عافية في كتابه التصرف المجرد هذا الفارق ، فيقول :

« وعلى ذلك يتلخص الفرق الأساسى بين النظريتين في أن النظرية الإيطالية

تستبعد العلاقة بين السبب والإرادة الخاصة ، بينما النظرية التقليدية الفرنسية تحتفظ بها على الأقل مبدئياً .

وقد تطور هذا الفرق في اتجاه يزيد التباعد بين النظريتين ، فقد رأينا أن تطور الفكرة الشخصية عن السبب في فرنسا انتهى إلى الخلط بين السبب والباعث ، أى إلى إحكام الصلة بين السبب والإرادة الخاصة ، إذ أصبحت هذه هى المرجع الوحيد في تحديد السبب ، بينما انتهى تطور الفكرة المادية عن السبب في إيطاليا إلى فصل

(١) ل. فرارا ، المرجع السابق .

السبب عن الإرادة الخاصة وربطه تدريجياً بإرادة القانون . فالسبب هو الوظيفة القانونية للتصرف ، ويترب على ذلك أن يكون « السبب بالمعنى الفنى هو المبرر لقوة التصرف القانونى الإلزامية ، أعنى أن الذى يبرر حماية القانون للتصرف والالتزامات الناشئة عنه ^(١) » . هذا الوصف الجديد لفكرة السبب ، أى اعتباره المبرر للحماية القانونية ؛ هو ماجد الفقه الإيطالى بلا انقطاع فى تأكيده ، بجهوده المتتالية ^(٢) . ففراداً مثلاً ينتهى إلى أن السبب هو الأساس القانونى للالتزام . وهو السبب المادى للحماية القانونية أو لقوة التصرف الإلزامية . فالسبب لا يبحث عنه فى سلسلة النيات التى يراد تحقيقها فى المحيط النفسى للشخص ، بل هو عنصر مادى خارجى ، يصحح الوعد ويبرره ، ويخلع على إعلان الإرادة أثره ^(٣) . ويلاحظ سيمون أنه بعد ذلك يصبح من الهين الانتقال إلى ما يؤكده بونفانتى من أن « السبب يمبر دائماً عن إرادة القانون بالتعارض مع إرادة الطرفين ^(٤) » . ^(٥) .

٥٠٨ — تقرير هذه النظرية : يتضح مما تقدم ، أن الفقه الإيطالى بانصرافه عن

الفكرة الشخصية فى السبب ، التى تربطه بالإرادة الخاصة ، قد وصل إلى فكرة مادية ، يرتبط فيها السبب بإرادة القانون ، وهى فكرة تذكرنا بالسبب فى القانون الرومانى . ولا شك عندنا فى أن المذهب المادى الإيطالى ، قد استحدث فكرة فى السبب ، لا تنير فى ذاتها صعوبة ، فليس هناك من ينزع ، فى أن كل تصرف قانونى له وظيفة قانونية تبرر حماية القانون له ، بل يمكن أن تسمى تلك الوظيفة « سبباً » على هذا المعنى ، ولكن أهذا هو السبب الذى يتحدث عنه القانون المدنى السورى ؟ كيف يتصور أن يكون السبب على هذا المعنى غير موجود أو غير مشروع ؟ وكيف نفسر جزاء البطلان المنصوص عليه فى هاتين الحالتين ، إذا كان السبب

(١) دوزى ، نظم القانون المدنى ، نابولى ، سنة ١٩٢٢ ، ج ١ ، ص ١٦٥ ، انظر سيمون ، مسألة السبب ، المقال السابق ، ف . ٢ .

(٢) سيمون ، المقال السابق .

(٣) فرارا ، السبب غير المشروع . دراسات تحليلية كبرى ، تورينو ١٩١٥ ، ج ١ ، ص ١٢٥ .

(٤) بونفانتى ، مجلة القانون التجارى ، ١٩٠٨ ، المجلد الأول ، ص ١٢٣ ، انظر سيمون ،

المقال السابق .

(٥) ابو عافية ، ف ٣٦ ، ص ١٣٨ — ١٣٩ .

لا صلة له بإرادة الأفراد ؟ ثم كيف نفهم القواعد الخاصة بإثبات السبب ، خصوصاً حكم المادة ١٣٨ مدنى سورى (١٣٧ مصرى) ، (١١٢١ مدنى إيطالى) التى تفترض وجود السبب - فى حالة عدم ذكره - إلى أن يثبت العكس ؟ والإشكال فى المذهب المادى آت من أن القوانين السالفة الذكر تتكلم عن السبب الذى يدفع الإرادة الخاصة لا السبب الذى يبرر إرادة القانون^(١) .

المبحث الثالث

السبب فى القانون المدنى الألمانى

٥٠٩ - ليس للسبب فى القانون المدنى الألمانى وجود مستقل عن التعبير ، بل هو جزء منه . وهذه التسمية هى أثر من آثار النزعة الموضوعية فى القانون الألمانى^(٢) وينبنى على ذلك أن لا يمتد بالدوافع الداخلية إذا لم تثبت وجودها فى هذا التعبير ولم تعد جزءاً منه . أما إذا ظلت مجرد باعث داخلى ، فليس للتشريع أن يعتمد بها . فإذا ما تضمن التعبير الباعث اعتمد به القاضى إذا كان مشروعاً ، وأبقى العقد صحيحاً منتجاً

(١) أبو عافية ، المرجع السابق .

(٢) يلاحظ أن الدكتور السنهورى قد عزا تبعية السبب للتعبير إلى أن الإرادة فى القانون الألمانى هى التعبير نفسه (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٤١) : ويبدو أن الدكتور السنهورى يردد هنا ما رددته قبله سالى الذى أكد فى أكثر من موضع أن التعبير فى القانون الألمانى يحل محل الإرادة على أن هذا رأى قد اعتبر مبالغاً فى التشيع لنظريته التعبير وقد لاحظ الفقيه الإيطالى Segré بحق أن التعبير فى القانون الألمانى لا يحل محل الإرادة وعزز رأيه بقوله إنه لو كان ذلك صحيحاً لوجب أن يحتفى بالطلاق المطلق كجزاء على اختلاف الإرادة المعلنة عن الإرادة الحقيقية ، ولما صح أن يتعدى الجزاء حدود الطلاق النسبى ، فبطلان التعبير عن الإرادة بطلاناً مطلقاً فى أحوال التحفظ الذهني والصورية وانعدام الجدية قاصم فى الدلالة على أن الأثر القانونى لا يرد إلى التعبير فى ذاته ، وإنما ينسب إليه باعتباره الثوب القانونى الاجتماعى الذى تظهر فيه الإرادة . أما الحجة المستمدة من النصوص الخاصة التى تقضى بالوقوف عند الإرادة المعلنة دون اهتمام بالإرادة الحقيقية ، فعيها أنها تقاب الأوضاع فى القانون الألمانى ، إذ تحاول أن تستمد القاعدة العامة من نصوص استثنائية مع إغفال المواد ١١٦ وما ب وى النصوص التى تضع القواعد العامة فى المسألة محل البحث راجع التصرف المنجرد للدكتور محمود أبى عافية ، هامش ص ٢٧٨ . وانظر التعبير عن الإرادة للدكتور وليام فلابد ، ص ٨١ ، ص ٣٠ . حيث يذهب المؤلف إلى أن التصرف فى القانون الألمانى هو إرادة خالصة . انظر أيضاً هامش ص ٢٠٠ حيث يرى المؤلف أنه لا مجال للتردد ويجب أن تغير النظرية المنسوبة للقانون الألمانى ، وانظر ماسبق ، ف ٤٠٢ هامش رقم ٢ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ .

لآثاره . أما إذا كان الباعث مخالفاً للأداب المتواضع عليها ، انهيار المقد واندمت آثاره وليس يبحث القانون الألماني — وشأنه في ذلك شأن المذهبين الحنفى والشافعى كما سنرى — في النيات الداخلية الذاتية التي لم يفصح المتعاقدان عنها ، وليس له أن يستكنهما . ذلك لأن هذا الاستكناه يهدد استقرار التعامل تهديداً بليفاً ، فيتزعزع التعامل بين الناس . فلا يصح إذن الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير ، حتى لو كان هذا الباعث معروفاً من المتعاقد الآخر . والواجب إذا أريد الاعتداد بالباعث ، أن يندرج في التعبير ، فيصبح جزءاً منه . فإن كان غير مشروع ، كان التعبير باطلاً . وليس على القاضى ، وقد رأى التعبير ينتظم أمراً غير مشروع ، إلا أن يبطل هذا التعبير ، دون أن يكلف نفسه عناء البحث ، فيما إذا كان هذا الأمر غير المشروع هو السبب أو الباعث ، فأمامه تصرف غير مشروع لا تقره الآداب العامة ، وهو كحارس لهذه الآداب لا يملك إلا أن يبطل هذا التصرف^(١) .

وإذا كان للطرفين أن يضمنا عقدهما ، أو إن شئت تعبيرهما ، الباعث الذى حدا بهما إلى التعاقد ، فلهما أن يجردا هذا العقد من سببه ، ولهما أن يقتصرأ على تضمين التعبير الالتزام في ذاته ، دون ذكر لسببه أو للدافع إليه فيكون الالتزام على هذا النحو مجرداً . « فلم يعد إذن للسبب ، في القانون الألماني ، وجود مستقل عن التعبير ، فما شاء المتعاقدان أن يضمناه التعبير من سبب يصبح جزءاً منه ، وما شاء أن يغفله يجب استبعاداه من دائرة التعاقد ولا يعتد به . ومن ثم لا يوجد في القانون الألماني - كما يوجد في القوانين اللاتينية — نظرية للسبب .

وهنا أيضاً نجد القانون الألماني بطاوع نزعة الموضوعية ، ابتغاء استقرار التعامل . فالسبب لا يلتبس خارج التعبير عن الإرادة ، بل يجب أن يتضمنه هذا التعبير ، وبذلك يكون السبب شيئاً موضوعياً لا أمراً نفسياً فيستقر التعامل^(٢) . »

(١) سالى ، التعبير عن الإرادة ، ف ٣٥ — ٣٦ وف ٣٨ — ٣٩ .

(٢) راجع مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٤٢ .

الفصل الثاني

نظرية السبب في الفقه الإسلامي

٥١٠ — لما كانت نظرية السبب في الفقه اللاتيني في مراحلها الأخيرة وبعد تكملة القضاء لها ، تمتد بالسبب القصدى (السبب الفنى) ، وهو الغرض المباشر الذى يرى المتعاقد الوصول إليه ؛ إلى جانب اعتدادها بالسبب الدافع (السبب المصلحى) وهو الباعث البعيد الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد . كان علينا أن نبحت السبب في الفقه الإسلامى بهذين المعنيين .

المبحث الأول

السبب الفنى

٥١١ — تعتد الشريعة الإسلامية ، كما رأينا بالإرادة الظاهرة ، وتمطى الأهمية الأولى لصيغة العقد المادية . وتعتبر الآثار متولدة عن هذه الصيغة نفسها لا عن الإرادة الباطنة النفسية^(١) . ولما كان السبب ، كما رأينا في الفقه اللاتينى ملازماً لهذه الإرادة الأخيرة ؛ فطبيعى إذن أن لا تحفل الشريعة الإسلامية بمفهوم السبب النفسى احتفال الشرائع الذاتية التى تأخذ بالإرادة الباطنة .

وبناء على ذلك ، لا نجد في الفقه الإسلامى تحديداً لفكرة السبب ، كالتحديد الذى نجده في الفقه الغربى بل لا نجد فيه من يذهب إلى أن السبب ركن في العقد . إن ركن العقد في الفقه الإسلامى إما أن يقتصر على صيغة العقد ، كما هو الحال في الفقه الحنفى ، وشأنه في هذا شأن القانون الألمانى . وإما أن يضاف إليه العاقدان والمحل كما هو الحال في الفقه المالكي ولدى بعض الشافعية .

٥١٢ — فركن العقد إذن هو صيغة العقد في الفقه الإسلامى ، ولا مكان لركن السبب المعروف في الفقه اللاتينى إلى جانب هذا الركن الوحيد . وإذا كان الأمر

(١) راجع ما سبق ، ف ٢٩٨ ، ص ٢٩٧ ، وف ٣١١ ، ص ٣٠٩ .

كذلك تتساءل عما إذا كان ثمة علاقة بين إهمال مفهوم السبب في الفقه الإسلامي وتختلف الشكالية فيه ؟

لقد مر معنا عند بحث علاقة السبب بالشكل في الفقه اللاتيني أن النسبة عكسية بين هذين المفهومين . فكلما عظم حظ الأول ضمر حظ الثاني في التشريع ، والعكس بالعكس^(١) . ولما كان يبدو لأول وهلة أن نصيب الشكل في الفقه الإسلامي ضئيل كان لنا أن نتساءل عن سبب عدم بروز فكرة السبب في الفقه الإسلامي ؟ !

الواقع أن نصيب الشكل في الفقه الإسلامي ليس معدوماً ، ولئن اختفى فيه الشكل بالمعنى المفهوم في القانون الروماني باعتباره رسوماً وأوضاعاً ساذجة . فقد لبس فيه الشكل مظاهر مذهباً تختلف عن تلك التي ظهر فيها في القانون الروماني .

إن نظرية وحدة الصفقة ، ونظرية اللفظية ، ونظرية مجلس العقد ، ونظرية الباعث الدافع إلى التعاقد في بعض مذاهب الفقه الإسلامي ، هي بمثابة قيود حلت على مبدأ الرضائية الذي قرره الفقه الإسلامي طفرة واحدة^(٢) .

فكما أن الفقهاء الكنسيين قيدوا مبدأ الرضائية الذي تاروا فيه على الشكالية بقيد الباعث الدافع إلى التعاقد . وكما أن أنصار نظرية السبب التقليدية قد جعلوا من السبب القصدى قيداً على الإرادة وبديلاً للشكالية التي كانت تثقلها لدى الرومان . فقد جاء الفقه الإسلامي بنظرية اللفظية ، ونظرية مجلس العقد ، ونظرية الباعث لتقييد الإرادة عند نشوء الالتزام . وجاء بنظرية وحدة الصفقة ونظرية التعادل ، لتقييد هذه الإرادة عند تنفيذ الالتزام .

لقد قرر الفقه الإسلامي مبدأ الرضائية تقريراً مطلقاً ، انحطت فيه العينية إلى مرتبة الصحة^(٣) ؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية رفعت من شأن الإنسان كثيراً ، فأطلقت له حرية الاكتساب ، وحررت من شكالية القوانين والشرائع القديمة ، وأبلغته من

(١) راجع ما سبق ، ف ٤٩٤ ، ص ٤٧١ .

(٢) راجع مصادر الحق للسنهوري ، ج ٣ ، ص ١٥٣ : « لعل الفقه الإسلامي استغنى بهذه الفكرة [وحدة العقد] وأمثالها كفكرة اللفظية وفكرة مجلس العقد عن الشكالية في العقود ، تلك الشكالية التي بدأت في القانون الروماني رسوماً وأوضاعاً ساذجة وجاءت في الفقه الإسلامي ضرباً من الشكالية أكثر تهذيباً » .

(٣) م ٨٢٧ مجلة الأحكام العدلية « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتم بالقبض » .

الأهلية منزلة كبيرة ؛ وجميع هذه الخطوات أمور خطيرة في تاريخ التشريع العالمى ^(١) .
لقد قررت الشريعة الإسلامية أن كل إيجاب وقبول ينتجان آثارهما دون توقف
على شيء من الإجراءات الشكائية .

وهذا السلطان الكبير الذى منحه الشريعة للإرادة ليس كله محاسن ، بل قد
يفضى إلى مساوئ ، إذا لم تتدارك بصناعة فقهية ، تضع الرضائية فى نصابها المعقول .
ولهذا الفرض أوجدت هذه الصناعة نظرية اللفظية لى تضمن صدور إرادة جادة
بصيغة الماضوية قبل انقذاح الحكم .

وأوجدت نظرية مجلس العقد ، لى تمر الإرادة فى مرحلة ترو كاف ، قبل تحريك
الشارع للحكم ^(٢) .

وأوجد الشارع نظرية وحدة الصفقة ، لى يصون بها استقرار التعامل وثباته ،
ولى لا تجمع الإرادة فى اشتراطاتها دون قيد .

وأوجد نظرية الباعث ، لى لا تؤذى هذه الرضائية مقاصد الشارع .

وأوجد أخيراً نظرية التعادل ، لى لا تميل به الرضائية كل الميل فتنتهى إلى الغرر
والتغابن .

وهكذا نجد أن الصناعة الفقهية الإسلامية ، إذ أوجدت مبدأ الرضائية ، أوجدت
فى نفس الوقت ما يشبه « صمامة الأمن » فى هذه النظريات الأخرى . وهى قيود
توضعت على الإرادة ، كما توضعت نظرية السبب فى النظرية التقليدية ، ونظرية الباعث
فى الفقه الكنسى والاجتهاد القضائى على سلطان الإرادة .

هذا ولئن كان السبب فى الفقه اللاتينى ، يقوم بدور فى الشرائع التى اعتدت به ،

(١) الامتناع المشروع عن الوفاء للدكتور صلاح الدين الناهى ، ص ٣١٣ .

(٢) لإعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٤٤ : « إن الشارع صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله
أنبت خيار المجلس فى البيع حكمة ومصلحة المتعاقدين . وليحصل تمام الرضا الذى شرطه تعالى فيه ،
فإن العقد قد يقع بفترة من غير ترو ولا نظر فى القيمة ، فاقترض محاسن هذه الشريعة الكريمة أن
يجعل للعقد حرماً يتروى فيه المتبايعان ، ويعيدان النظر ، ويستدرك كل واحد منهما عيباً كان خفياً »

فطبيعى أيضاً أن نجد هذا الدور فى الفقه الإسلامى قاعاً ، ولكن لا عن طريق السبب ، بل عن طريق صناعة الفقه الإسلامى الخاصة به ^(١) .

الفرع الأول

دور السبب الفنى فى تكوين العقد

٥١٣ — وتتساءل هنا عن الوسائل التى استطاع الفقه الإسلامى أن يؤدى عن طريقها وظائف السبب فى المفهوم اللاتينى .

لقد رأينا أن أنصار السبب فى الفقه اللاتينى ، يسندون إليه القيام بدورين : دور فى تكوين العقد ، ودور فى تنفيذه . ورأينا أيضاً أن أنصار السبب يسوغون وجود نظريتهم بجدواها فى إبطال التزامات مستوفية شرائطها لارتباطها بالتزامات أخرى محلها غير موجود أو غير مشروع .

٥١٤ — هلول الفقه الإسلامى : فكيف استطاع الفقه الإسلامى أن يبطل

تلك الالتزامات التى استوفت شرائطها ما دام لا يقول بفكرة السبب ؟

كيف تسنى له إبطال التزام الماقد بدفع مبلغ من المال إلى آخر لقاء التزامه بتشهير شخص معين ، رغم صحة محل الالتزام وهو دفع مبلغ من المال ؟ وكيف تسنى له إبطال التزام شخص بدفع مبلغ من المال إلى آخر ، لقاء التزامه بعمل مستحيل ، رغم صحة محله وهو دفع مبلغ من المال ؟ وكيف استطاع أخيراً أن يبطل التزام شخص بدفع مبلغ من المال إلى آخر ، لقاء التزامه بعدم خطف ولده ، رغم صحة محله وهو دفع مبلغ من المال ؟

يتوصل الفقه الإسلامى إلى إبطال هذه الالتزامات بوسائل متعددة :

(١) فهو يبطل الالتزام الأول ، عن طريق شرائط المحل ، فمن شرائط المحل أن

(١) « أن السبب ضرورة تملئها طبيعة الالتزام فهو يصدر قبل كل شئ عن نظريته ، وهو ضرورى فى كل النظام ، وأما مايفرق بينهما فهو كيفية مواجهة هذا العنصر : إما أن يرتبط بوجود الالتزام أو بإصلاح الإثراء غير المشروع بعد وجوده صحيحاً (التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ص ١٠٠) » .

يكون مقدور الاستيفاء ، فإذا كان غير مقدور الاستيفاء ، كان العقد باطلاً^(١) .

(ب) وهو يبطل الالتزام الصحيح في المثال الثاني عن طريق شرائط الإرادة التعاقدية ؛ فمن شرائط هذه الإرادة أن تكون جادة جازمة ، ولما كان الالتزام بنقل شخص إلى مكان بعيد في زمن قصير ينبئ عن إرادة غير جازمة ، كان العقد باطلاً .

(ح) وأخيراً يتوصل الفقه الإسلامي إلى إبطال الالتزام الصحيح في المثال الثالث عن طريق شرائط العقد ، فمن شرائط العقد أن يكون مفيداً ، ومادام الإنسان ملزماً شرعاً بعدم الإضرار للحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » فإن الاتفاق الذي يلزمه بما يلزمه به الشرع يندو غير مفيد لأنه تحصيل حاصل^(٢) .

ونستعرض فيما يلي نصوصاً فقهية ، أبطلت فيها العقود لأنها تضمنت التزامات واجبة على الملتزم قبل العقد ، ولأن العقد لم يرتب غرضاً جديداً في ذمة الملتزم مقابلاً للغنم الجديد المتولد من العقد ، فكان غير مفيد .

جاء في الدر المختار : « استأجر امرأته لتخزنه خبزاً للأكل ، لم يجز ، ولبيع جاز ، صير فيه : — قوله لم يجز — لان هذا العمل من الواجب عليها ديانة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم الأعمال بين فاطمة وعلى ، فجعل عمل الداخل على فاطمة ، وعمل الخارج على على ، وأفاد المصنف آخر الباب أن استئجار المرأة للطبخ والحبز وسائر أعمال البيت لا تنعقد^(٣) » .

وفي جامع الفصولين : « الإجارة على عمل يجب عليه لم تجز »^(٤) .

وفي الزيلعي : « ولا تجبر أمة لترضع ، أى لا تجبر أم الصغير على إرضاع ولدها ، لما ذكرنا أن النفقة على الأب . . وذكر الخصاص أن الأب إذا لم يكن له مال ، ولا للولد

(١) جاء في البدائع (ج ٤ ص ١٨٩) : وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصي أنه لا يصح لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعاً . . . وكذا لو استأجر رجلاً ليقول له رجلاً ، أو ليسجنه ، أو ليضربه ظملاً ، وكذا كل إجارة وقعت لمظلمة ، لأنه استئجار لفعل المعصية ، فلا يكون العقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً » .

(٢) راجع م ٣٠٥ من مرشد الحيران التي تنص على أنه يلزم أن يكون في العقد فائدة لعاقبه ، وأن كل عقد لا فائدة فيه فاسد .

(٣) الدر المختار على حاشية ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٤٠ .

(٤) جامع الفصولين ، ج ١ ، ص ٢٤٨ .

مال ، تجبر عليه ، وتجعل الأجرة ديناً عليه كما في نفقته ، ويحمل هذا القول على ما إذا طلقها ، وانقضت عدتها . . لأن الاوضاع استحق عليها ديانة ، قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآيات ، وهو أمر بصيغة الخبر وهو آكد ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، ولهذا لا يجوز أن تأخذ الأجرة على خدمة البيت من الكنس أو غيره ، وإنما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعدت ، فإذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعذر . . ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها ، جاز لأنه لم يجب عليها إرضاعه^(١) . »

وجاء في تحديد الكلام في مسائل الالتزام للحطاب^(٢) : « كما لو قال إن جيتني بعبدي الآبق أو بعيري الشارد أو بمتاعي الضائع فلك عندي كذا وكذا ، وكان العبد أو البعير أو المتاع عنده أو يعلم مكانه ، فإن ذلك غير لازم على الملتزم . ولا يحكم عليه به . ورد ذلك واجب عليه ؛ وكذا الإعلام بموضعه . . لأن من شروط الجمل ألا يكون الفعل مما يلزم المجمول عمله^(٣) » .

« ومن ذلك إذا التزمت الزوجة لزوجها بشيء إن أذن لها بالحج ، فإنه التزام باطل ، لأن أداء فريضة الحج واجب عليها ، وعلى زوجها ألا يمنعها بدون عذر ، فإن منعها لكي تلتزم له ، كان التزامها باطلا ، وكن التزم للشهود بأن يدفع لهم مبلغاً من المال حتى يؤدوا شهادتهم فإنه لا شيء عليه ؛ إلا إذا تركوا عملهم لأجل أداء الشهادة فلمهم أجرهم^(٤) » .

٥١٥ — مقارنة الحلول : وإذا قارنا الحلول التي أوجدها الفقه الإسلامي مع حلول الفقه اللاتيني ، نجد تبايناً كبيراً بين نهج الفقهاء . فبينما يسير الفقه الإسلامي في صناعته الفقهية وفق نظرة تركيبيية تجعل من التصرف القانوني محوراً لهيكلها ؛ نرى

(١) تبين الحقائق ، ج ٢ ، ص ٦٢ — ٦٣ .

(٢) وفي نطاق القانون العام لا يستحق المواطن أجراً على عمل ملزم به شرعاً . ففي الفتاوى الخانية (ج ٢ ، ص ٣٢٢ وما ب) . « أمير العسكر إذا قال لمسلم أودى إن قتلت ذلك الفارس فلك مائة درهم ، فقتله ، لا شيء له ، لأن هذا من باب الجهاد والطاعة ، فلا يستحق الأجر ، كما لو استأجر ليؤم الناس أو ليؤذن . وقال محمد : إن قال ذلك لذي ، يجب الأجر » .

(٣) تحديد الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ، ص ٤٥ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٤٧ .

الفقه اللاتيني يسير في صناعته وفق نظرة تحليلية تجعل من الالتزام لا التصرف المولده ، قاعدة لبنائها .

إن الفقه الإسلامي قد قضى في الأمثلة المتقدمة باختيار الالتزام الصحيح لا لانعدام سببه ، أو لعدم مشروعية هذا السبب ، بل لانهميار العقد الذي ينتظمه ، لأن شريطة من شرائط هذا العقد لم تتوافر . ومادام العقد الذي ينتظم الإرادة المشتركة قد ثبت بطلانه فلا مجال للاعتداد بأثر من آثاره ، وهو الالتزام الوليد ذى المحل المشروع ، ذلك أن هذا الالتزام الأخير ، لم يلتزم به صاحبه بإرادته المنفرد بل بإرادة مشتركة ، هي العقد ، الذي ثبت بطلانه لتخلف شريطة من شرائطه .

أما الفقه الغربي فهو ، كما رأينا ، قد حكم على العقود في الأمثلة المتقدمة بالبطلان لانعدام سببها ، أو لعدم مشروعية هذا السبب . فهو قد اتخذ من الالتزام أساساً لهيكل نظامه القانوني . وإذا شئنا أن نعرف على مصدر هذه النظرة التحليلية ، التي تعتمد الالتزام ، لا التصرف ، فإننا لاشك نجدها في القانون الروماني ، حيث كانوا ينظرون إلى الأثر لا إلى المصدر ، أى إلى الالتزام لا إلى التصرف .

وقد نتج عن هذا المنطق الروماني ، الذي جعل الالتزام وحدة لأبحاثه ، أن نظر إلى العقد التبادلي كسلسلتين متقابلتين من الالتزامات^(١) .

وتحت ضغط الضرورات الفنية والعملية التي نجمت عن هذا المنطق التحليلي ، اضطر المشرع إلى خالق فكرة السبب ، لكي يميل إلى العقد وحدته التي نالت منها هذه النظرة التحليلية ، والتي كان الالتزام محوراً لها . ولقد رأينا أنه كان من نتيجة

(١) ففي ظل هذه النظرية « لم يكن يجوز المشتري أن يمتنع عن دفع الثمن ، حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع . ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن . فالزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن الزام الآخر . ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ . . . كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه بل يبقى البيع ويطلب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه لأن الزام كل من المتعاقدين مستقل بتنفيذه عن الزام الآخر . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم كانت تبعه الهلاك على المشتري لا على البائع . وفي هذا إمعان في تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والزام المشتري عند التنفيذ ذلك أنه إذا استحال على البائع هلاك المبيع تنفيذ التزامه بقي المشتري مع ذلك ملزماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٢٢ .

هذه النظرة ، أن وجد تصرفات تضمنت التزاما ذا محل مشروع ، إلى جانب التزام آخر باطل لعدم مشروعية محله ، أو تخلف هذا المحل ، فلم يجد الشارع بدأ من أجل هدم الالتزام الأول ذى المحل المشروع إلا عن طريق مفهوم السبب . فهو قد اتخذ من الارتباط الناجم عن السبب ، معولا يهدم به الالتزام الباطل الالتزام الصحيح ، فيما إذا احتواهما تصرف معين .

وقد رأينا أن الفقه الإسلامى قد توصل إلى إبطال العقود عن الطريق الأقرب ، وهو طريق شرائط التصرف . فهو لم يتمتر بضرورات التفريع الذى أخذ به القانون الرومانى . بل نظر إلى التصرف ككل : فإذا ما اختلت شريطة من شرائطه تبع ذلك بطلان الالتزامات المتولدة عنه ، وسواء بعد ذلك أنوافرت شرائط هذه الالتزامات المتولدة أم لم تتوافر . والقاعدة السكسية تقول « إذا بطل الشيء بطل ما فى ضمنه » ؛ أما الفقه اللاتينى فكان القاعدة فيه « يبطل الشيء إذا بطل ما فى ضمنه » ؛ فهو يسير من الجزء إلى الكل ، لا من الكل إلى الجزء ^(١) .

٥١٦ — لكل فقه صناعته الخاصة به : هذا ولبيان أن حلول الفقه الإسلامى

فى هذا الموضوع ذات صلة وثيقة ببنائه الفقهى ، وصناعاته الفقهية الخاصة به ، وأنه إذ يخلص فى هذا الأصول كيانه الفقهى ، كما يخلص الفقه الغربى فى حله فى هذا الصدد ، إلى جذور نظرية الالتزام فى القانون الرومانى . أقول لبيان استقلال كل تشريع فى طريقته الخاصة به ، ورد محاولات من يريدون فرض طريقة تشريع معين على تشريع آخر — كشأن من يحاولون فرض مفهوم السبب على فروع الفقه الإسلامى وهى منه براء — يجعل بنا أن نرجع فى هذا الصدد إلى القانون الإنكليزى — وهو من الشرائع التى يغلب فيها الطابع المادى كالفقه الإسلامى — لتبين طريقته الخاصة فى إبطال بعض العقود التى يبطلها الفقه اللاتينى عن طريق السبب على أنه لى

(١) راجع مذكرات هوان فى التصرف القانونى التى ألقاها فى قسم الدكتوراه فى كلية الحقوق فى جامعة القاهرة عام ١٩٥٤ — ١٩٥٥ ص ٢٥٠ « إن سبب التزام كل طرف هو فى الواقع مجموع الآثار المتولدة عن العقد نفسه معتبرا ككل . إن مفهوم السبب فى هذا المعنى يعيد إلى العقد وحدته التى أخفاها المنطق الرومانى بتحليله العقد إلى سلسلة من الالتزامات المتباينة » .

لا يتسع بنا مجال البحث سنقتصر على تبين موقف القانون الإنكليزي من أحد الأمثلة التي سبق أن قارنا فيها حلول الفقه الإسلامي مع حلول الفقه اللاتيني ، وهو المثال الذي يتمهد فيه شخص بالقرام هو ملزم به شرعاً أو اتفاقاً .

لقد وجدنا أن هذا الالتزام باطل في عرف الفقه اللاتيني لانعدام السبب ، ووجدنا أن هذا الالتزام باطل في عرف الفقه الإسلامي لأن التصرف الذي يتضمنه يندو بوجوده غير مفيد ، فما هو سبيل القانون الإنكليزي إلى إبطال أمثال هذه الالتزامات ؟

يبطال القانون الإنكليزي أمثال هذه الالتزامات لأن « الاعتبار » فيها ليس بذى قيمة في نظر القانون^(١) . وهذا الحل كما نرى هو قريب من حل الفقه الإسلامي . الذي يشترط الفائدة في التصرف ؛ ومع ذلك لم نر أحداً قد حاول فرض مفهوم « الاعتبار » على فروع الفقه الإسلامي . فلماذا إذن يحاول البعض قسر فروع الفقه الإسلامي على تقبل فكرة السبب الغربية رغم استعصائها عليه^(٢) ألا أن لكل تشريع منطقته الخاص به ؛ ومن خطئ الرأي فرض منطق تشريع على منطق تشريع آخر ! .

٥١٧ — السبب في الفقه الإسلامي هو المقصد الأصلي للعقد^(٣) :

ولمنا نستطيع أن نقول إن السبب في الفقه الإسلامي هو مجموع الآثار المتولدة كما

(١) العقود في القانون الإنكليزي إما شكلية وهذه يكنى في صحتها الشكل وحده ، وإما رضائية وهذه لابد منها من وجود اعتبار (consideration) ، والاعتبار لا يعنى الغرض المباشر الذي يرى إليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الحال في النظرية الفرنسية ، وبعبارة أخرى ليس الاعتبار هو الغم الذي حصل عليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الأمر في السبب ، بل هو الغرم الذي تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين ، لأنه العمل أو الامتناع أو الحسارة أو تعهد أحد هذه الأمور ، الذي يكون بمقابلة أو باعتبار تعهد الطرف الآخر . ويشترط في الاعتبار أن يكون ذا قيمة بنظر القانون . فلو تعهد أحد أن ينفذ ما كان واجباً عليه شرعاً ، أو ما كان ملزماً به بمقتضى عقد سابق ، فلا يصح التعهد ، لأن الاعتبار يعتبر عندئذ غير متقوم . راجع النظرية العامة للوجبات والعقود في الفريعة الإسلامية ، للدكتور صبحي محمضان ج ٢ ، ص ٨٧ . وراجع الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٧٠ هامش رقم ٢ .

(٢) راجع ملحوظاتنا على بحوث السبب في الملحق رقم ٢ من هذه الرسالة .

(٣) راجع ماسيأتى ، ف ٥٢٦ وماب .

سنرى فإن كانت هذه الآثار جميعها سليمة ، ذات محل مشروع ، كان العقد صحيحاً ؛ وإلا كان العقد باطلا ، ولئن كان سبب الالتزام فى الفقه الغربى يأتى جواباً لسؤال السائل لم التزم الملتزم ؟ فإن السبب فى الفقه الإسلامى يأتى جواباً لمن يسأل : لم عقد العقد ؟ إنه يعقده رغبة فى الحصول على الآثار المتولدة منه . فالآثار هى السبب الذى دفعه إلى التعاقد والتصرف وسيلة لها . ولئن كان العقد هو السبب الفلسفى لهذه الآثار ، لأنه مصدرها . فالآثار هى السبب النفسى لهذا العقد ، لأنها الغرض الذى تبغى الإرادة الوصول إليه .

الفرع الثانى

دور السبب الفنى فى تنفيذ العقد

٥١٨ — كنا رأينا عند استعراضنا لنظرية السبب فى الفقه اللاتينى ، أن السبب بمعناه الفنى قدم فيها الأساس القانونى لثلاثة من أهم الأوضاع القانونية ، وهى : الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة .

ورأينا فيما مر أن الفقه الإسلامى خال من نظرية للسبب ، وتساءل الآن : أ يوجد فى الفقه الإسلامى نظريات للدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة ؟ وإذا كان الفقه الإسلامى يعرف هذه النظريات ؛ فما هى الوسائل الفقهية التى ارتكزت عليها هذه الأوضاع كبديل لمفهوم السبب فى الفقه اللاتينى ؟

لقد صدرت فى مصر رسائل ثلاث تعرضت لبحث هذه الأوضاع الثلاثة فى الفقه الإسلامى :

أولها : رسالة الامتناع المشروع عن الوفاء للدكتور صلاح الدين الناهى ١٩٤٥ .

وثانيها : رسالة النظرية العامة للفسخ للدكتور حسن على ذنون ١٩٤٦ .

وثالثها : رسالة نظرية تحمل التبعة للدكتور محمد زكى عبد البر ١٩٥٠ .

ولقد أجمعت هذه الرسائل الثلاث ، على عدم وجود نظرية للسبب فى الفقه الإسلامى . ولكنها اختلفت فى تحديد الأساس الذى حل محل السبب ، لتعميل مؤسسات الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل التبعة فى الفقه الإسلامى .

فبينما يذهب الدكتور الناهي إلى أن أساس الامتناع في الفقه الإسلامي هو فسكرة « التكافؤ في المراكز القانونية » . يذهب الدكتور ذنون إلى أن أساس الفسخ في الفقه الإسلامي هو ركن « الرضا » ويذهب الدكتور عبد البر إلى أن أساس حل مشكلة تحمل التبعة « هو طبيعة العقد الملزم للجانبين » .

وبلاحظ أن هذه الرسائل الثلاث قد نوهت عن المسلك المأدى في الفقه الإسلامي ، في حلوله التي أوجدها كبديل عن السبب في الفقه اللاتيني .

٥١٩ — أساس الامتناع المشروع عن الوفاء : قرر الدكتور صلاح الدين الناهي ، في رسالته الامتناع المشروع عن الوفاء ، الأمرين التابعين :

١ — ليس في الفقه الإسلامي نظرية للسبب على غرار السبب في الفقه اللاتيني .

٢ — إن أساس الامتناع المشروع عن الوفاء هو فكرة تكافؤ المراكز التعاقدية .

٥٢٠ — أولاً : بقرر الدكتور الناهي عدم بروز فسكرة السبب في الفقه

الإسلامي فيقول :

« هل عرفت الشريعة الإسلامية فسكرة السبب الغائى الإرادى على نحوهما ؟ إن موقف هذه الشريعة من سلطان الإرادة ، وتكييفها لهذا السلطان ، يهد لها سبيل النظر في هذه المعضلة . وإذا كنا قد بينا أن هذه الشريعة لا تضيق ذرعاً في جعلها بسلطان الإرادة ، وأنها شريعة رضائية إلى حد بعيد ، وكانت هذه المقدمات تمهد السبيل لبروز فسكرة السبب على نحو غير بعيد من الكمال ؛ فإن السبيل مع هذا لم يهد تمهيداً كافياً لبروز هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية . »

ثم ينتقل الدكتور الناهي إلى تعليل رأيه فيقول :

« إن السبيل لم يهد لبروز فسكرة السبب لاتجاه معين في هذه الشريعة ، ونمى بهذا الاتجاه ، تلك الفقرة التي قررها الأصوليون بين اكتساب التصرفات التعاقدية ؛ وذلك راجع لإرادة التعاقد نفسه ، وبين ترتب آثارها من حقوق وأحكام عليها ؛ وذلك راجع لحكم الشارع . وبالتالي فإن آثار العقد جمالية شرعية . . . وبذلك بتقييد سلطان الإرادة بقيدين ثقيلين ، قيد عند إنشاء التصرفات التعاقدية ، فيقف عند حد

الاكتساب . وآخر عند ترتب آثار العقد عليه ، فيقف مكتوف اليدين ينظر حكم الشارع . هذه التفرقة بين إنشاء العقد اكتساباً ، وبين ترتب آثاره عليه تجعل إقامة الالتزامات المترتبة على العقد ، حتى في عقود المبادلات (الماوضات) متعذرة ؛ لأن هذه الآثار مستقلة عن الإرادة المشتركة ، ولأن المشرع هو الذى يقضى بها ، ويرتبها ، فلا يبقى مجال للبحث عن أساس لها ، في غير أحكام الشارع ، وما رسمه الشارع من حدود للعادلة ، وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية في واقع الأمر فإن هذه الشريعة لم تفسح المجال لتقرير قواعد عامة تقوم بمقتضاها الالتزامات التعاقدية ، على أساس من السبب ، على نحو ما تقرر واستقر في القانون الحديث ^(١) .

٥٢١ - ثانياً : على أن فكرة السبب إذا تخلفت في الفقه الإسلامى ، فما هو الأساس الذى حل محلها فيه ، لتعميل مؤسسة الامتناع المشروع عن الوفاء في الفقه الإسلامى ؟ يجيب الدكتور الناهى عن ذلك ، فيقول :

« ومع هذا فإن هذه الشريعة لا تخلو من فكرة « التبادل » ، بين الالتزامات في عقود الماوضات . لا لفكرة السبب ذاتها ، من حيث أن ترتب بعض الالتزامات المتقابلة وتنفيذها ، سبب في ترتب الالتزامات الأخرى وتنفيذها . فإن ترتب الالتزامات مستقل عن إرادة المتعاقدين ، وتنفيذها كذلك ، لا يقع إلا بمقدار ما هي ملزمة في نظر الشارع ؛ ومراعاة التبادل في الشريعة الإسلامية مرده في حقيقة الأمر معيار العدالة الذى أخذت به هذه الشريعة ، معيار التكافؤ في المراكز التعاقدية ؛ إذ ينبغى في منطق هذا المعيار الشرعى ، أن لا يظلم أحد المتعاقدين ولا يجابى الآخر ، وبذلك يمكن أن نقول أن ما نجده مقررأ في الشريعة الإسلامية من الأحكام التى لا تفسر في القانون الحديث إلا بناء على فكرة السبب مرده في حقيقة الأمر هذا المقياس العادل مقياس التكافؤ في المراكز القانونية ، وظاهر أن التكافؤ غير السبب الإرادى ، فالتكافؤ معيار للعدالة ، يحيط بكثير من الأنظمة القانونية المختلفة في طبيعتها . والسبب نظام قانونى معين تتفرع عليه بعض الأحكام والقواعد التعاقدية ^(٢) . »

(١) الامتناع المشروع عن الوفاء ، ف ٣٦٦ ، ص ٣٢٩ .

(٢) الامتناع المشروع عن الوفاء ، ف ٣٦٧ ، ص ٣٢٩ — ٣٣٠ . ويلاحظ أن الدكتور

٥٢٢ — أساس من الفسخ : يرى الدكتور حسن ذنون « أن أساس حق الفسخ في الشريعة هو ركن « الرضا » كما فهمه علماؤها ؛ ذلك أن ركني العقد عند الفقهاء هما ، الرضا والمحل . وأنهم قالوا بوجوب قيام رابطة بين هذين الركنين ، فذكروا في تعريف العقد ، أنه عبارة عن اتحاد القبول بالإيجاب ، اتحاداً يظهر أثره في المقود عليه — أي المحل . فلا بد في ركن الرضا من أن يرتبط بركن العقد الثاني ، وهو المحل ، وينصب عليه طيلة حياة الالتزام ، أي منذ نشوئه إلى حين تنفيذه . فإذا ما انعدم الرضا ابتداء ، بأن لم يتفق الإيجاب والقبول أو لم يظهر أثره على المقود عليه ، بأن كان هالكا ، كان العقد باطلا . وإذا ما توافر ركن الرضا عند نشوء الالتزام ، ولكنه لم يحدث أثره ، بأن انعدمت الصلة التي كانت تربطه بالمحل ، أو ظهر أن هذه الصلة كانت ممينة ، كان العقد مفسوخاً أو قابلاً للفسخ ، على حسب الأحوال ^(١) » .

ويشرح المؤلف الدوافع التي دعت به إلى القول بهذه النظرية في مكان آخر ، فيقول : « وقد دعانا إلى القول بهذه النظرية أمران . الأمر الأول : أننا أردنا بالقول بها

شقيق شجاته ، كان قد سبق وأشار ، إلى أن المقصود بالسبب في الفقه الإسلامي هو فكرة المعاد جاء في رسالته :

« ليس بالتشريع الإسلامي نظرية للسبب . ولكن ذلك ليس معناه ، أن فكرة السبب منعدمة من المسائل ، فإن التشريع الإسلامي ، كما قلنا مراراً ، خلو من النظريات . ويلزمنا دائماً استنباطها من المسائل .

على أن السبب الحقيقي لالتزام المشتري بدفع الثمن ، ليس هو عقد البيع ، بل انتقال ملكية الشيء المبيع إليه . هو يلزمه بالدفع لأنه لا يجوز له أن يجمع بين يديه ، في نفس الوقت ، الشيء وثمنه والثمن هو مقابل المبيع . فهو ، إذا لم يدفع الثمن ، يكون قد أخل بالتوازن ، الذي يرى العقد إلى تحقيقه . وهذا التوازن هو ، في نظر الفقهاء ، المعادلة بين المتعاقدين .

ففي الواقع ونفس الأمر ، المقصود من السبب ، هو المعادلة . وقد جاء في النصوص (الكاساني ج ٤ ص ٢٠١) أن المساواة في العقود مطلوب المتعاقدين » .

ومن تطبيقات فكرة المعادلة — أنه إذا هلك الشيء المبيع ، قبل التسليم ، يسقط عن المشتري الالتزام بدفع الثمن ، ذلك أن الثمن لم يعد له مقابل . وأنه إذا استحق المبيع المشتري ، له أن يسترد الثمن . وأن البائنه لا يلزم بتسليم المبيع ، مادام الثمن لم يدفع (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ، ف ٤٦ ، ص ٥٨) .

قارن (مصادر الحق ، ج ٦ ، ص ٢٦٢) حيث يرى أستاذنا السهوري أن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعاوضة هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي ، وأن هذا الارتباط يجب أن يفهم في ضوء فكرة المساواة .

(١) نظرية الفسخ ، ص ٧٣ .

تجنب النقد الشديد الذي وجه ولا يزال يوجه إلى نظرية السبب ، أو نظرية التبادل ، كما تسمى أحياناً . والأمـر الثاني : أننا قلنا ، أن نظرية الالتزام تصطبغ في الفقه الإسلامي ، بصبغة مادية من مظاهرها ، تعريفهم للعقد بأنه اتحاد القبول بالإيجاب اتحاداً يظهر أثره في المعقود عليه . ومن مقتضى هذه النزعة المادية أن نأخذ في تبرير الفسخ بفكرة محددة ذات معالم واضحة ، لا بفكرة مجردة كفكرة السبب . لهذا قلنا أن أساس الفسخ في الفقه الإسلامي هو نظرية « اتصال الرضا بالمحل ^(١) » .

٥٢٣ - تقرير هذا الرأي : لسنا نستطيع أن نقبل « الرضا » ، كبديل لمفهوم السبب في الفقه الغربي ، لكي يكون أساساً لحق الفسخ في الفقه الإسلامي : للأسباب الآتية :

(١) إن السبب والرضا هما ، كما رأينا ، عنصران متمايزان ^(٢) ويقول أستاذنا السنهوري في هذا « والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة ، فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن الإرادة ^(٣) » .

(٢) إن الذهاب إلى أن الرضا ذو أثر في تنفيذ العقد وتحديد آثاره يتنافى إلى حد ما مع مبدأ مهم في الفقه الإسلامي ، هي جمالية الآثار ، التي تقصر عمل الإرادة على تكوين العقد كما سنرى .

(٣) وأخيراً ، ليس صحيحاً ، ما ذهب إليه المؤلف ، من أن نظريته هي ذات معالم واضحة ، ذلك لأن الرضا كلمة عامة شاملة ، فهي تطلق على ما ذهب إليه المؤلف ، وتطلق في نفس الوقت على العقد نفسه ؛ أضف إلى ذلك أن توزيع مهمة السبب على ركني العقد : الرضا والمحل ، هو تشتيت لمشكلة أساس الفسخ ، وعود إلى رأى خصوم السبب الذين ينيطون بهذين الركنين المهمة التي أسندوها أنصار السبب للسبب .

(١) نفس المرجع ، ص ٤١٣ . قارن مصادر الحق (ج ٦ ، ص ٢٤٩) حيث يرى أستاذنا السنهوري أن الفسخ لا يرجع لفكرة الارتباط لأنها غير موجودة في الفقه الإسلامي بل يرجع للخلل الذي يصيب عمل العقد في البيع وفكرة تجدد المعقود عليه أننا قلنا في الإيجار .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٤٩٣ ، ص ٤٧١ .

(٣) الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٤٢ ، ص ٤١٣ .

(٤) وأخيراً يقول المؤلف إن من مقتضى النزعة المادية في الفقه الإسلامي أن يأخذ في تسويغ الفسخ بفكرة محددة ذات معالم واضحة ، هي فكرة الرضا ونحن نرى أنه على العكس مما ذهب إليه المؤلف ، فمن مقتضى هذه النزعة المادية ، الأخذ بفكرة « التعادل » ، ذات الصبغة الموضوعية ، لا بفكرة « الرضا » ذات الصبغة الذاتية .

٥٢٤ — أساس تحمل التبعة : يرى الدكتور محمد زكي عبد البر في رسالته نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي أن الفقه الإسلامي لا يعرف نظرية السبب . وهو يرى ثانياً أن أساس حل نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي هو مجرد طبيعة العقد الملزم للجانبين .

يقول الدكتور عبد البر في رسالته المذكورة ص ١٤٨ :

« ونحن نرى أن فكرة السبب غير موجودة في الفقه الإسلامي ، وأنا لسنا في حاجة إلى إعمال ما قد نجده من تعليقات بعض الفقهاء ، لتحصيل الدين التبعة ، في صياغة نظرية للسبب في الفقه الإسلامي . . . وكذلك نرى أن الرضا لا يصح أن يكون أساساً لحل المسألة .

وأساس الحل ، في نظرنا ، هو مجرد طبيعة العقد الملزم للجانبين . . . فمقتضى عقد المعاوضة ، أن ينشئ التزامات متقابلة ، وأن تنفذ هذه الالتزامات ، فإذا لم تنشأ كل الالتزامات المتقابلة ، أو بعضها كان العقد الملزم للجانبين ، الذي أراده العاقدان ، باطلاً . وإذا انقضت كل أو بعض الالتزامات المتقابلة بالاستحالة ، أصبح العقد الملزم للجانبين ، الذي أراده العاقدان ، منفسخاً .

فطبيعة العقد الملزم للجانبين تقتضي ، أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطاً بتنفيذ الالتزام المقابل ، جملة وتفصيلاً ؛ بمعنى أن تنفيذ هذا الالتزام جملة ، يقابله تنفيذ الالتزام المقابل جملة . وتنفيذ البعض يقابله تنفيذ البعض . فإذا استحال تنفيذ الالتزام كليا ، فانقضى ، انقضى الالتزام المقابل كليا هو الآخر . وإذا استحال تنفيذ بعضه ، فانقضى في الجزء المستحيل ، انقضى من الالتزام المقابل ما يقابله . وذلك لأن انقضاء الالتزام كله أو بعضه للاستحالة ، وبقاء الالتزام المقابل ، يتنافى مع كون العقد ملزماً للجانبين^(١) .

(١) راجع رسالة نظرية تحمل التبعة ، ف ٧٥ ، ص ١٤٩ — ١٥٠ .

٥٢٥ - تقرير هذا الرّأس : أولا : إن هذا الأساس قاصر . فهو لا يضارع

السبب في عمومته كأساس لتحمل التبعة . ذلك لأن فكرة التقابل مقصورة على العقود الملزمة للجانبين (١) .

ثانياً : إن فكرة التقابل التي يقول بها المؤلف ترجع أخيراً إلى فكرة الارتباط كما يعترف هو نفسه ، في مكان آخر من مؤلفه ، إذ يقول ص ٦٠ « وهذا التقابل ليس له من معنى سوى أن يكون التزام كل من الطرفين مرتبطاً بتنفيذه بتنفيذ الطرف الآخر التزمه المقابل » . ويقول ص ١٥٠ : « فطبيعة العقد الملزم للجانبين ، تقتضى أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطاً بتنفيذ الالتزام المقابل جملة وتفصيلاً » .

وإذا عرفنا أن فكرة الارتباط ، لاتعمل لها إلا بردها لفكرة السبب « فالسبب ولا شيء غيره ، هو الذي يوجد الترابط بين الالتزامين المتقابلين ، فكأن من يقول بالارتباط يأخذ بفكرة السبب دون أن يشعر (٢) » .

إذا عرفنا ذلك انتهينا إلى أن المؤلف يقول بنظرية السبب ، التي عارضها في مستهل كلامه .

ثالثاً : إن فكرة التقابل ، لا تتفق وإلزام المشتري بأن يدفع الثمن أولاً في عقد البيع . إن إلزام المشتري بدفع الثمن أولاً هو ، في رأينا ، نتيجة لنظرية المقصد الأصلي التي سنرى تفصيلها فيما بعد . وهذا الالتزام لا يقف في مقابل التزام البائع بتسليم المبيع ، بل هو نتيجة لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد .

على أن البائع ، إذا كان ملزماً بإعادة الثمن إلى المشتري ، حال هلاك المبيع ؛ فرد ذلك إلى عدم تحقق المقصد الأصلي في مظهره العملي أو إلى فكرة العدالة ، التي تكمل ، على ما نرى ، نظرية المقصد الأصلي وتتضافر معها في الحلول محل فكرة السبب ، المعتمدة في الفقه الغربي ، لتفسير الأوضاع الماثلة .

(١) ويلاحظ أن المؤلف نفسه قد أخذ على الدكتور شحاته قصر السبب على العقود الملزمة للجانبين ، جاء في رسالته ص ٤٤ : « ويرى الدكتور شفيق شحاته أن السبب لا يكون إلا في العقد الملزم للجانبين ، وهذا لا يتفق مع قوله أن السبب عنصر في الالتزام ، إذ الالتزام الإرادي ذو طبيعة واحدة فكيف يكون عنصراً في الالتزام الناشئ عن عقد ملزم للجانبين . ولا يكون عنصراً في الالتزام الناشئ عن عقد ملزم لجانب واحد . » راجع حجازي ، ف ١٥٣ ص ١٢٤ .

(٢) نظرية الالتزام للدكتور أبي ستيت ، ف ٢٣٧ ، ص ٢٣٢ . النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحمى حجازي ف ١٤٢ ، ص ١١٣ .

الفرع الثالث

السبب الفنى فى الفقه الإسلامى

نظرية المقصد الأصلى للتصرف القانونى

٥٢٦ - إنتهينا فى بحثنا السابق إلى استخلاص النتائج الآتية :

(١) إن الفقه الإسلامى لا يعتمد بالسبب الفنى فى المفهوم التقابلى ، لا باعتباره عنصر تكوين ، ولا باعتباره عنصر تنفيذ .

(٢) إن تحديد شرائط العقد والحل فى الفقه الإسلامى ، يقوم بنفس الدور الذى يقوم به السبب الفنى ، كعنصر تكوين .

(٣) إن فكرة « التعادل » فى الفقه الإسلامى ، تقوم بنفس الدور الذى يقوم به السبب الفنى ، كعنصر تنفيذ^(١).

هذا وإذا شئنا أن نتحرى أدنى مفهوم فقهى إسلامى إلى مفهوم السبب التقليدى مفهوم اعترف به الفقهاء ، وأشاروا إليه صراحة فى نصوصهم ، فإننا لا شك واجدوه فى « المقصد الأصلى » ، الذى جاء صراحة على لسان الفقهاء . ذاك المفهوم الذى يذكرنا بالمفهوم الذى أخذت به النظرية الإيطالية المادية فى السبب التى سبق أن أشرنا إليها .

وعليه نستطيع أن نضيف نتيجة جديدة إلى النتائج الثلاث التى سبق أن أشرنا إليها فنقول : إن السبب فى الفقه الإسلامى هو « المقصد الأصلى للعقد » وإن شئت فقل إنه « الحكم الأصلى للعقد » . .

فما هو المقصد الأصلى للعقد ؟ وما هى وظيفته ؟ وما هى علاقته بحكم العقد

(١) على أن تخلف مفهوم السبب التقليدى فى الفقه الإسلامى ، ليس فى الواقع بضائر بهذا الفقه فكما أن الشريعة الإنكليزية لم يقدح بها خلوها من مؤسسة للسبب على غرار السبب اللاتينى ، فكذلك الفقه الإسلامى ليس يعيبه أن يجرى من هذا المفهوم ، ما دامت نصوصه لا تنطق به ، وما دام قد أوجد بديلا له ، ينسجم مع صناعته الفقهية الخاصة به .

وموضوعه ؟ وما هو الفارق بينه وبين المحل ؟ وما هو الفارق بينه وبين السبب الفني ؟
وما هو الفارق بينه وبين السبب المصلحي ؟ وما هي صلاته بإرادة الشارع ؟ وما هو
دوره كوسيلة فنية ؟

المطلب الأول

مفهوم المقصد الأصلي

٥٢٧ — نستطيع أن نعرف المقصد الأصلي للمقد بأنه ، الغاية النوعية ، أى الحكم
الأصلي ، الذى جعل المقد طريقاً مشروعاً للوصول إليه^(١) .

فالمقصد الأصلي لمقد البيع مثلاً هو نقل الملكية بموض ، والمقصد الأصلي لمقد
الإجارة هو تملك المنفعة بموض ، والمقصد الأصلي لمقد الهبة هو نقل الملكية مجاناً ،
والمقصد الأصلي للرهن هو احتباس مال لتوثيق استيفاء دين ، والمقصد الأصلي
لمقد النكاح هو حل اللذة الزوجية ، وتأسيس حياة مشتركة بين الزوجين . . .

٥٢٨ — خصائص المقصد الأصلي : ويبدو من الأمثلة السابقة ، أن السبب

فى هذا المعنى الجديد ذو خصائص ثلاث :

فهو أولاً : ذو طابع مادى ، وهذه المادية سنستشفها خلال مقارنته مع المحل ،
والسبب بمعنييه ، الفني والمصلحي .

وهو ثانياً : محدد لنوع التصرف .

وهو ثالثاً : ممثل لوظيفة التصرف القانونية ، اقتصادية كانت أو اجتماعية .

٥٢٩ - (١) أما كونه محدداً لنوع التصرف ، فيبدو من تحليلنا لأحد المقاصد

(١) ويلاحظ أن كلمة « المقصد » التى وردت على لسان الفقهاء هى أدق من كلمة « السبب »
الواردة فى المفهوم التقليدى الغربى ، لأن كلمة السبب تعطى فكرة عن شئ سابق على العقد التام
بينما « المقصد » تدل على شئ فى المستقبل ، أو على الأقل على شئ حاضر ، يمكن الوصول إليه
حين العقد . لكن لا تدل على الماضى ولهذا فنحن نرى أن الفقهاء المسلمين التزموا جانب الدقة
عندما استعملوا كلمة « السبب » بمعنى المصدر المنشئ ، وكلمة « المقصد » بمعنى السبب الفني .

السابقة . فإذا ما نظرنا إلى المقصد الأصلي لمقد الإجارة مثلاً نجد أنه يميزه عن عقدين قريبين منه ، أولهما عقد البيع ، وثانيهما عقد العارية ، وبتميز آخر يكون المقصد الأصلي جامعاً مانعاً ، وعن طريق هذا الجمع لأمثاله ، والمنع لأضاده ، يتوصل المقصد الأصلي لتحديد نوع التصرف .

فالمقصد الأصلي لمقد الإجارة ، وهو تملك المنفعة بعوض ، يحدد نوعه بتمييزه أولاً عن عقد البيع ، لأن المقصد الأصلي فيه هو تملك العين بعوض ، ويميزه ثانياً عن عقد العارية ، لأن المقصد الأصلي فيها هو تملك المنافع بغير عوض . فهو إذن كمثل العناصر الجوهرية ، كالرضا ، مهمته محددة Typique لنوع المقد ، بيد أن هذا التحديد إذا تم عن طريق الصيغة ، بصورة أقرب إلى الذاتية ، فهو يتم عن طريق المقصد الأصلي ، بصورة أدنى إلى الموضوعية .

٥٣٠ - (ب) أما كونه ممثلاً لوظيفة التصرف القانوني ، فذلك لأنه ينتظم الفرض الاقتصادي أو الاجتماعي الذي يسوغ وجوده . فالسبب ، بمعنى المقصد الأصلي ، هو الفرض القانوني الذي يرمى إليه التصرف ، منظوراً إليه من الوجهة الاقتصادية ، كلما مواضات أو الاجتماعية كالزواج ، والمقود غير المالية ؛ ومحدداً من قبل الشارع لا من قبل العاقد . والواقع أن في هذه الوظيفة ، اقتصادية كانت أو اجتماعية . وإن شئت فقل ، في هذا المقصد الأصلي يتركز لب التصرف . وما دام الأمر كذلك ، فلم نأخذ في حسابنا العاقد الذي يبرم التصرف . وما لنا وللبواعث والأغراض التي تكتنفه ؟ فحسبنا أن ننظر إلى عقد البيع مثلاً نظرة مادية منفصلة عما يختلج في ضمير العاقد من بواعث متغيرة وأغراض محتملة ، وحسبنا أن نقرر أن غرض عقد البيع هو مقصده الأصلي ، وهو نقل الماسكية بعوض مادام في هذا التبادل نفسه يتركز لب البيع وجوهره .

٥٣١ - المقصد الأصلي للمقد وحكمه وموضوعه : ثمة ما يشبه الترادف بين

المقصد الأصلي والحكم ، وهذا ما سبق أن أشرنا إليه في تعريف المقصد الأصلي . على أن الفرق بين هذين المفهومين ، هو كالفرق بين القوة والفعل ، فالحكم الأصلي للمقد هو مقصده الأصلي بعد أن ينتقل من حيز القوة إلى حيز الفعل . وإبان هذا الانتقال

يطلق على هذا المقصد الأصلي اصطلاح موضوع العقد . فالمقصد الأصلي ، والحكم ، والموضوع ، إذن هي وجوه متعددة لحقيقة واحدة مثلثة الوجود ، فإذا ما نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل العقد كانت مقصداً أصلياً له — أى جلب مصلحة أو دفع مفسدة — جمل العقد وسيلة لتحقيقه . وإذا نظر إليها من وجهة نظر الشارع أيضاً بعد العقد ، كانت حكماً أصلياً مترتباً عليه ، وهي تكون آنذاك مصلحة مجتلبة أو مفسدة مستدفة . وبين هاتين المرحلتين تتوسط مرحلة ثالثة تقع إبان التعاقد ويطلق فيها على المقصد الأصلي اصطلاح موضوع العقد .

٥٢٢ — تمييز المقصد الأصلي عن محل العقد : وفي هذه المرحلة الأخيرة يجدر بنا أن نميز بين المقصد الأصلي ، باعتباره موضوعاً للعقد ، وبين محل العقد . أما موضوع العقد فهو المقصد الأصلي للعقد منظوراً إليه إبان تكوين العقد — وأما المحل ، فهو المعقود عليه الذى يثبت فيه حكم العقد ، وهو كل ما يلتزم به المدين ، كالبيع والتمن في عقد البيع ، والموهوب في عقد الهبة ، والمرهون في عقد الرهن ، والمتعة الزوجية بين الزوجين في عقد النكاح ، وعلى ذلك ، ففي هذا العقد الأخير تكون المتعة الزوجية كما أسلفنا هي المعقود عليه ، أما تحليلها ، أى رفع حاجز الحرمة المانعة فيها ، فهو موضوع عقد النكاح . والمال المرهون في عقد الرهن هو محل العقد — وحق احتباسه لأجل استيفاء الدين هو موضوعه . وبلاحظ أن بعض الفقهاء لا يميزون في الاستعمال بين اصطلاح محل العقد وموضوعه ، فيعبرون بالموضوع عن معنى المحل . والفرق بينهما كبير ، كما رأينا ، فهو كالفرق بين إيقاع الأثر ومسقط الأثر ^(١) .

٥٣٣ — على أن المقصد الأصلي ، إذا كان متميزاً عن محل العقد فهو في صورته اللاحقة للعقد ، وباعتباره حكماً أصلياً له ، مرتبطب أشد الارتباط بالمحل ، إذ من الشرائط الأساسية لهذا الأخير ، أن يكون قابلاً لحكم العقد ، وانتفاء هذه القابلية

(١) قارن الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامى للدكتور يوسف موسى ، ف ٤٣٢ ، ص ٣٠٥ .
 إذ يقول : « يراد بموضوع العقد ، أو محله كما يعبر الفقهاء كثيراً ما وقع عليه التعاقد ، فهو الغرض من العقد والمقصود منه ، والذي به تتعلق أحكامه وآثاره ؛ ففي البيع موضوع العقد هو الشيء المبيع .. »
 قارن أيضاً النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، ص ٦٨ حيث جاء « لابد في كل عقد من موضوع يضاف إليه . وهذا الموضوع سمي في الاصطلاح العربي محل العقد أو المعقود عليه . » راجع أيضاً المادة ١٨٧ من قانون الموجبات البناني .

يفضى عادة إلى إبطال عقود ينعدم فيها معنى البيع ، أى مقصده الأصيل ، كبيع ماليس بمال ، كالحر ، وكبيع الخمر والخنزير والميتة ، وكبيع المسجد ، وكبيع آلات اللهو عند من يرى أنها ليست بمال . ففي هذه الأحوال ، يكون المحل غير قابل لحكمه ، فينعدم المقصد الأصيل ، لانعدام هذه القابلية . ويترتب على ذلك ، انعدام معنى البيع ، لأن البيع يتركز معناه في مقصده الأصيل ، إذ هذا المقصد هو قوام الوظيفة الاقتصادية للتصرف . فالمقد الذى يكون العقود عليه فيه حراً ، أى ماليس بمال ، لا يتحقق مقصده الأصيل . لأن هذا المقصد مؤداه « نقل الملكية بعوض » وفى الفرض آنف الذكر ملكية البدل لم تنتقل ، لأن ما يقابلها ليس بعوض ، ومآل ذلك ، أن الحكم الأصيل للعقد لم ينقذ ، لأن مقصده الأصيل لم يجد فى العقود عليه قابلاً له ، ففدا البيع بدون ثمن ، فلا ينعقد .

وعن طريق هذه الشريطة ، التى تقضى بارتباط المحل بالمقصد الأصيل ، يتوصل الفقه الإسلامى إلى إبطال العقود المخالفة للنظام العام الإسلامى ، ويكون أساس البطلان فى هذه التصرفات آنذاك ، هو تخلف المقصد الأصيل فيها .

والخلاصة ، إن المقصد الأصيل والمحل هما عنصران متمايزان ، ولكنهما متلازمان ، فإذا ما انفك هذا التلازم ، بأن كان المحل غير منسجم مع هذا المقصد الأصيل ، كانت النتيجة بطلان العقد .

ولعلنا نبطل عن طريق هذا التلازم والارتباط ، الكثير من العقود التى يتم إبطالها عن طريق المحل المصلحى .

٥٣٤ — المقصد الأصيل والسبب الفنى : إذا شئنا أن نقابل بين المقصد الأصيل فى مفهومه الإسلامى ، مع السبب الفنى فى مفهومه اللاتينى ، نجد أن بين هذين المفهومين ، وجوه شبه ووجوه خلاف أما وجوه الشبه ، فنجدها فى خصائص هذين المفهومين ، فكل منهما موضوعى ، داخل فى العقد ، لا يتغير . فى عقد البيع مثلاً السبب الفنى لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن . والمقصد الأصيل لعقد البيع « هو نقل الملكية بعوض » ، فإذا ما ألقينا نظرة على هذين المفهومين

نجد أنهما يشتركان في الخصائص المشار إليها . وهذه الخصائص هي التي تكشف عن الغاية النوعية للعقد الذي يتصلان به . أما وجوه الخلاف بينهما ، فنجدها في تلازم المفهوم الأول مع الإرادة الخاصة ، وانفكاك الثاني عنها في المثال السابق يكون السبب الفني لالتزام البائع أى « الغرض المباشر الذى يرمى إلى الوصول إليه من وراء التزامه » متلازماً مع إرادة البيع ، وإن كان متميزاً عنها . أما المقصد الأصلي لهذا العقد ، وهو « نقل الملكية بموض » ، فهو فى الأصل منفك عن هذه الإرادة ، غير متلازم معها وهذا التلازم إذا شئنا أن نبحث عنه ألفيناه متحققاً بين المقصد الأصلي وإرادة الشارع لا إرادة العاقد . فالإرادة الأولى لا الإرادة الثانية ، هي التي تحدد هذا المقصد ، وهي التي تضمنه موضع التنفيذ ، كما سنرى ذلك فى نظرية الجمالية فى بحث دور التعبير عن الإرادة فى نفاذ التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى .

٣٣٥ — المقصد الرسمى والسبب المصلحى : على أننا إذا وجدنا بين السبب

الفنى والمقصد الرسمى نقاط التقاء ونقاط افتراق فلسنا نجد بين المقصد الرسمى والسبب المصلحى إلا نقاط افتراق فحسب ذلك أن هذين المفهومين لا يلتقيان البتة . بل هما يفترقان فى ناحية جوهرية فالأول منهما ذو شكل مادى خارجى باعتباره محدداً لوظيفة التصرف . وهو لا يبحث عنه فى سلسلة النيات ، التي يراد تحقيقها فى المحيط النفسى للشخص .

أما الثانى أى السبب المصلحى ، فهو اعتبار ذهنى داخلى ، وهو باعث نفسى دافع لإرادة منشئ التصرف .

٥٣٦ — المقصد الرسمى والحكمة : الحكمة ، هي الباعث على تشريع الحكم

من جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، وهي الغاية المقصودة فى تشريعه . أما المقصد الرسمى فهو الحكم الذى يترتب على هذه الحكمة وهو إما أن يكون مفسدة مستدفة أو مصلحة مجتنبية : فحكمة المعاوضات مثلاً هي دفع الحرج عن الناس ، أما مقصدها فهو إباحة المعاوضة ونقل الملكية فيها بموض .

المطلب الثاني

المقصد الأصلي وإرادة الشارع

٥٣٧ — عند مقارنة المقصد الأصلي بالسبب الفنى قلنا ، إن الأول يتصل بإرادة الشارع ، وينفصل عن إرادة العاقد ، خلافاً للثانى . ويشهد لذلك الاتصال وهذا الانفصال نصوص عديدة نقلها فيما يلى من كتاب الموافقات لأبى إسحق الشاطبى .

(١) تحقيق المقاصد الأصلية هو من عمل الشارع

يقول أبو إسحق فى هذا المعنى : « والدليل على ذلك ما ثبت فى الكلام من أن الذى له مكلف تعاظم الأسباب وإنما المسببات من فعل الله وحكمه لا كسب فيه للمكلف . والقرآن والسنة دالان عليه ، فما يدل على ذلك ما يقتضى ضمان الرزق كقوله تعالى : (وأمرأهلك بالصلاة ، واصطبر عليها ، لانسألك رزقاً ، نحن نرزقك) . وفى الحديث : « لو توكلتم على الله حق توكله لرزقتم كما رزق الطير » واستقراء هذا المعنى من الشارع مقطوع به . وإذا كان كذلك دخلت الأسباب المكلف بها فى مقتضى هذا العموم الذى دل عليه العقل والسمع . فصارت الأسباب هى التى تعلقت بها مكاسب العباد دون المسببات ، فإذا لا يتعلق التكليف وخطابه إلا بمكاسب ، فخرجت المسببات عن خطاب التكليف ؛ لأنها ليست فى مقدورهم . ولوتعلق بها لكان تكليفاً بما لا يطاق ، وهو غير واقع ^(١) . »

(ب) قصد المقصد الأصلي عند انقضاء التصرف ليس بلام .

يقول الشاطبى : « لا يلزم فى تعاظم الأسباب من جهة المكلف ، الالتفات إلى المسببات ولا القصد إليها ؛ بل المقصود منه الجريان تحت الأحكام الموضوعة لا غير — أسباباً كانت أو غير أسباب . . . والدليل على ذلك ما تقدم من أن المسببات راجعة إلى الحكم المسبب ، وأنها ليست فى مقدور المكلف . فإذا لم تكن راجعة إليه ، فمراعاته ما هو راجع لكسبه هو اللازم ، وهو السبب ، وما سواه غير لازم ، وهو المطلوب ^(٢) . »

(١) الموافقات ، ج ١ ، ص ١٩٠ — ص ١٩١ .

(٢) المرجع السابق ، المسألة الثالثة ، ص ١٩٣ .

(ح) تسمية الشارع للتصرف تستلزم إرادته لمقصده الأصلي .

يقول الشاطبي رحمه الله : « وضع الأسباب يستلزم قصد الواضع إلى المسببات ، أعني الشارع . والدليل على ذلك أمور :

أحدها : أن العقلاء قاطعون بأن الأسباب لم تكن أسباباً لأنفسها من حيث هي موجودات فقط ؛ بل من حيث ينشأ عنها أمور آخر . وإذا كان كذلك لزم من القصد إلى وضعها أسباباً ، القصد إلى ما ينشأ عنها من المسببات .

والثاني: أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد ، وهي مسبباتها قطعاً . فإذا كنا نعلم أن الأسباب إنما شرعت لأجل المسببات ، لزم من القصد إلى الأسباب القصد إلى المسببات .

الثالث : أن المسببات لو لم تقصد بالأسباب لم يكن وضعها على أنها أسباب ؛ لكنها فرضت كذلك . فهي ولا بد موضوعة على أنها أسباب ، ولا تكون أسباباً إلا للمسببات . فواضع الأسباب قاصد لوقوع المسببات من جهةها ^(١) . »

(٥) قصد العاقد للمقصد الأصلي هو تزيد .

يقول الشاطبي « إذا ثبت أنه لا يلزم القصد إلى المسبب ، فلم يكلف ترك القصد إليه بإطلاق ، وله القصد إليه . فإذا قيل لك : « لِمَ تكتسب لمعاشك بالزراعة أو بالتجارة أو بغيرها ؟ » قلت لأن الشارع ندبني إلى تلك الأعمال ؛ غانا لأعمل على مقتضى ما أمرت به . . . » فإن قيل لك إن الشارع أمر ونهى لأجل المصالح . قلت « نعم ، وذلك إلى الله لا إليّ ، فإن الذي إلى التسبب ، وحصول المسببات ليس إليّ ، فأصرف قصدي إلى ما جعل إلي ، وأكل ما ليس لي إلى من هو له . »

ومما يدل على هذا أيضاً : أن السبب غير فاعل بنفسه ، بل إنما وقع السبب عنده لا به ، فإذا تسبب المكلف فالله خالق السبب ، والعبد مكتسب له (والله خلقكم وما تعملون) ، (الله خالق كل شيء وهو على كل شيء وكيل) ، (وما تشاؤون إلا أن يشاء الله) ، (ونفس وما سواها فألهمها فجورها وتقواها) . . . وقول عمر

(١) المرجع السابق ، المسألة الرابعة ، ص ١٩٤ — ص ١٩٥ .

في حديث الطاعون : « نفر من قدر الله إلى قدر الله » . حين قال له عمرو بن العاص : « أفراراً من قدر الله ؟ » . وفي الحديث : « جف القلم بما هو كائن فلا اجتمع الخلق على أن يعطوك شيئاً لم يكتبه الله لك لم يقدرُوا عليه ، وعلى أن ينعموك شيئاً كتبه الله لك لم يقدرُوا عليه » .

والأدلة على هذا تنتهي إلى القطع : وإذا كان كذلك فالالتفات إلى المسبب في فعل السبب لا يزيد على ترك الالتفات إليه ؛ فإن المسبب قد يكون ، وقد لا يكون هذا وإن كانت مجارى العادات تقتضى أن يكون ، فكونه داخل تحت قدرة الله يقتضى أنه قد يكون وقد لا يكون . ونقض مجارى العادات دليل على ذلك . وأيضاً فليس في الشرع دليل ناص على طاب القصد إلى المسبب .

فإن قيل : قصد الشارع إلى المسببات والتفاتاً إليها ، دليل على أنها مطلوبة القصد من المكلف ، وإلا فليس المراد بالتكليف إلا مطابقة قصد المكلف لقصد الشارع ، إذ لو خالفه لم يصح التكليف . . . فإذا طابقه صح ؛ فإذا فرضنا هذا المكلف غير قاصد للمسببات ، وقد فرضناها مقصودة للشارع ، كان بذلك مخالفاً له ، وكل تكليف قد خالف القصد فيه ، قصد الشارع فباطل كما تبين ، فهذا كذلك .

فالجواب : إن هذا إنما يلزم إذا فرضنا أن الشارع قصد وقوع المسببات بالتكليف بها ، كما قصد ذلك بالأسباب ، وليس كذلك ، لما مر أن المسببات غير مكلف بها . وإنما قصده وقوع المسببات بحسب ارتباط العادة الجارية في الخلق ، وهو أن يكون خالق المسببات على أثر إيقاع المكلف للأسباب ليسعد من سعد ، ويشق من شق ، فإذا قصد الشارع لوقوع المسببات ، لا ارتباط له بالقصد التكليفي فلا يلزم قصد المكلف إليه إلا أن يدل على ذلك دليل ؛ ولا دليل عليه . بل لا يصح ذلك لأن القصد إلى ذلك ، قصد إلى ما هو فعل الغير ، ولا يلزم أحداً أن يقصد وقوع ما هو فعل الغير ، لأنه غير مكلف بفعل الغير ، وإنما يكلف بما هو فعله ، وهو السبب خاصة فهو الذي يلزم القصد إليه ، أو يطلب القصد إليه ، ويعتبر فيه موافقة قصد الشارع^(١) .

(١) المرجع السابق ، المسألة الخامسة ، ص ١٩٦ — ١٩٨ .

(ه) قصد العاقد الموافق لقصد الشارع الأصلي هو قصد صحيح

يقول صاحب الموافقات : « وأما أن التكلف القصد إلى المسبب فكما إذا قيل لك : « لم تكتسب ؟ » قلت : « لأقيم صلي ، وأقوم في حياة نفسي وأهلي ، أو لغير ذلك من المصالح التي توجد عن السبب » فهذا القصد إذا قارن التسبب صحيح ، لأنه التفات إلى العادات الجارية . وقد قال تعالى : « الله الذي سخر لكم البحر لتجري الفلك فيه بأمره ولتبتغوا من فضله » ، وقال : « وفي آياته منامكم بالليل والنهار وابتغاءكم من فضله » ، وقال : « فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله » ، فمن حيث عبر بالقصد إلى الفضل عن القصد إلى السبب الذي هو الاكتساب ، وسبق مساق الامتنان من غير إنكار ، أشعر بصحة ذلك القصد . وهذا جار في أمور الدنيا ، كقوله تعالى : « ومن يؤمن بالله ، ويعمل صالحاً ، ندخله جنات » وأشبه ذلك مما يؤذن بصحة القصد إلى المسبب بالسبب . وأيضاً فإنما محصول هذا أن يتغنى ما يهيئ الله له بهذا السبب ، فهو راجع إلى الاعتماد على الله ، واللاجئ إليه في أن يرزقه مسبباً يقوم به أمره ، ويصلح به حاله . وهذا لانكير فيه شرعاً . وذلك أن المعلوم من الشريعة أنها شرعت لمصالح العباد ، فالتكليف كله إما لدفع مفسدة ، وإما لجلب مصلحة ، أولهما ممّا . والمحظور إنما هو أن يقصد خلاف ما قصده مع أن هذا القصد لا ينبني عليه عمل غير مقصود للشارع ، ولا يلزم منه عقد مخالف . فالفعل موافق ، والقصد موافق فالمجموع موافق^(١) . »

(هـ) قصد العاقد رفع المقصد الأصلي بعد استكمال المقدر لغو

يقول الشاطبي : « إن متعاطى السبب إذا أتى به بكال شروطه ، وانقضاء موانعه ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالاً ، وتكلف رفع ما ليس له رفعه ، ومنع ما لم يجعل له منعه . فمن عقد نكاحاً على ما وضع له في الشرع ، أو بيعاً أو شيئاً من العقود ثم قصد أن لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه ، فقد وقع قصده عبثاً ، ووقع السبب الذي أوقع سببه ، وكذلك إذا أوقع طلاقاً أو عقداً قاصداً به مقتضاه في الشرع ، ثم قصد أن لا يكون مقتضى ذلك ، فهو قصد باطل . . . ومن هنا كان تحريم ما أحل

(١) المرجع السابق ، ص ١٩٨ — ١٩٩ .

الله عبثاً . . . لأن ما تولى الله حليته بغير سبب من المكلف ظاهر مثل ما تعاطى المكلف السبب فيه . . . وأيضاً فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها كما تقدم فقصد هذا القاصد منافض لقصد الشارع ؛ وكل قصد ناقض قصد الشارع فباطل ، فهذا القصد باطل ^(١) . »

(ز) اتصال القصد الأصلي بالإرادة الخاصة مفض إلى خروج السبب عن أصلاته يقول الشاطبي : « ولو كان قصده [المكلف] المسبب من السبب لكان مِظَنَّةً لأخذ السبب على غير أصلاته ، وعلى غير قصد التعمد فيه ، وربما أدى إلى الإخلال به وهو لا يشمر . وربما شعر به ، ولم يفكر فيما عليه فيه . ومن هنا تنجر مفسد كثيرة وهو أصل الغش في الأعمال العادية . . . أما في العاديات فظاهر ؛ فإنه لا يغش إلا استعجالاً للربح الذي يأمله في تجارته ، أو للنفاق الذي ينتظره في صناعته ، أو ما أشبه ذلك ^(٢) . »

(ح) معارضة الإرادة الخاصة للقصد الأصلي معارضة للقدر

يقول الشاطبي : « وأما خروج [التسبب الناظر في المسبب] عما هو له إلى ما ليس له ، فلا أنه إذا قصد عين السبب أن يكون أولاً يكون ، كان مخالفاً لمقصود الشارع . إذ قد تبين أن المسبب ليس للمكلف ، ولم يكلف به ؛ بل هو لله وحده . فمن قصده فالغالب عليه بحسب إفراطه أن يكون قاصداً لوقوعه بحسب غرضه المعين . وهو إنما يجري على مقتضى إرادة الله تعالى ، لا على وفق غرض العبد المعين من كل وجه . فقد صار غرض العبد وقصده مخالفاً بالوضع لما أريد له ؛ وذلك خارج عن مقتضى الأدب ، ومعارضة للقدر ، أو ما هو ينحو ذلك النحو . وقد جاء في الصحيح التنبية على هذا المعنى بقوله عليه الصلاة والسلام : « المؤمن القوى خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف وفي كل خير ، لإحرص على ما ينفعك ، واستمعن بالله ، ولا تَعْجِزْ ، وإن أصابك شيء فلا تقل . لو أني فعلت كذا كان كذا ! ولكن قل : قدر الله ، وما شاء الله فعل ، فإن (لو) تفتح عمل الشيطان . » فقد نبهك على أن (لو) تفتح عمل الشيطان ، لأنه

(١) المرجع السابق ، المسألة التاسعة ، ص ٢١٤ — ص ٢١٥ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

التفات إلى المسبب في السبب ، كأنه متولد عنه أو لازم له عقلا . بل ذلك قدر الله ، وما شاء فعل ، إذ لا يعنيه وجود السبب ، ولا يمجزه فقدانه^(١) . »

المطلب الثالث

دور المقصد الأصلي كوسيلة فنية

§ ١ — المقصد الأصلي للعقد ومقاصده التابعة

٥٣٨ — يقصد بالمقصد الأصلي للعقد ، الغرض الأساسي منه ، وهو كما رأينا الغاية النوعية أو الحكم الأصلي الذي جمل العقد طريقاً مشروعاً للوصول إليه . أما مقاصد العقد التابعة ، فهي أغراضه الثانوية ، وهي المطالبات والالتزامات التي تنشأ من العقد لتحقيق مقصده الأصلي ، وتأكيد ، وتثبيتته . ففي عقد البيع مثلاً ، المقصد الأصلي ، هو نقل الملكية بموض . أما مقاصده التابعة ، فهي إما أن تكون لمصلحة البائع ، كالتزام المشتري بدفع الثمن . وإما أن تكون لمصلحة المشتري ، وهي كالتزام البائع بتسليم المبيع ، والتزامه بضمان الهلاك ، والاستحقاق ، والعيب ، وما إلى ذلك .

٥٣٩ — تمرة التمييز بين المقصد الأصلي للعقد ومقاصده التابعة : لهذا التمييز

ثمرتان : أولاها : أن المقصد الأصلي للعقد يتحقق فور انعقاد العقد ، ولا يحتاج إلى عمل من العاقد لتنفيذه . أما المقاصد التابعة ، فهي بحاجة إلى تدخل العاقد لتحقيقها . فالتزام البائع بتسليم المبيع مثلاً ، لا يتحقق إلا بوساطة البائع . ثانيهما : أن المقصد الأصلي للعقد يكشف ، كما رأينا ، عن غايته النوعية ، أما مقاصده التابعة ، فلا تحمل السمة المميزة للعقد . فالالتزام بالتسليم مثلاً يشترك فيه عقد البيع وعقد الإيجار .

§ ٢ — المقصد الأصلي هو أساس التزام العاقد

٥٤٠ — يبين مما تقدم أن المقصد الأصلي للعقد ذو مظهرين : مظهر شرعي يتم عن طريق الشارع ويكون في البيع مثلاً : « نقل الملكية بموض » . ومظهر عملي ،

(١) المرجع السابق ، ص ٢٢٥ — ٢٢٦ .

يتم عن طريق العاقد ، ويكون في البيع : « مبادلة المال بالمال » . ويتصف هذا المظهر الأخير بأمرين :

(١) فهو أولاً مرتبط بالمظهر الأول ارتباطاً ضرورياً ، وهو منه بمثابة الغاية من الوسيلة ، كما يعبر عن ذلك الكسانى بقوله : « وأما الأحكام التى هى من التوابع للحكم الأصل للبيع ، فمنها وجوب تسليم المبيع والثمن ، فتسليم البدلين واجب على العاقدين ، لأن المقد أوجب الملك فى البدلين ، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه ، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالملوك ، ولا يتهياً الانتفاع به إلا بالتسليم ، فكان إيجاب الملك فى البدلين شرعاً ، إيجاب لتسليمهما ضرورة^(١) » .

(٢) وهو ثانياً ، المقصد الحقيقى فى التصرف ، ويعبر عن ذلك صاحب البدائع فيقول : « ولأن معنى البيع [المقصد الأصلى] لا يحصل إلا بالتسليم والقبض ، لأنه عقد مبادلة ، وهو مبادلة شئ مرغوب فيه بشئ مرغوب فيه ، وحقيقة المبادلة فى التسليم والقبض ، لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل ، وإنما قول البيع والشراء هو الإيجاب والقبول ، جعل دليلاً عليها^(٢) » . فالمقصد الأصلى فى ثوبه العمل إذن هو سبب المقصد الأصلى فى ثوبه النظرى وإن شئت فسمه سبب السبب .

وهذا المقصد الأصلى فى مظهره هو أساس التزام العاقدين :

٥٤١ -- (١) فالمقصد الأصلى فى مظهره الأول ، هو أساس التزام المشتري بدفع الثمن ، ويقول الكسانى فى هذا الصدد : « وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيع حاضراً ، لأن البيع عقد معاوضة ، والمساواة فى المعاوضات مطلوبة المتعاضدين عادة ، وحق المشتري فى المبيع قد تمين بالتعيين فى المقد ، وحق البائع فى الثمن لم يتمين بالمقد ، لأن الثمن بالذمة ، فلا يتمين إلا بالقبض ،

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) المرجع السابق . راجع أيضاً الكسانى ، ج ٤ ، ص ١٧٩ — ١٨٠ حيث يعلل صحة العقد ، فى حالة جهالة العقود عليه ، بانعدام مقصده الأصلى فى قوله « لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم ، فلا يحصل المقصود من العقد ، فكان العقد عبثاً لحلوه عن العاقبة الحمدة ، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة ، يوجد التسليم والتسلم ، فيحصل المقصود . »

فيسلم الثمن أولاً ليعتبر ، فتتحقق المساواة^(١) . « ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن ، لأن المبيع متعين قبل التسليم ، والثمن لا يتعين إلا بالتسليم ، فلا بد من تسليمه أولاً ، تحقيقاً للمساواة^(٢) » .

فنقل الملكية ، وهو المقصد الأصلي في مظهره الأول ، هو أساس التزام المشتري بدفع الثمن لأن هذا المقصد قد جعله في مركز راجح بنقل ملكية المبيع إليه ، وهذا النقل قد منحه حقاً عينياً راجحاً على حق البائع الشخصي ، الذي مؤداه مطالبة المشتري بدفع الثمن وهو حق معرض للهلاك ؟ وقد يقول قائل : أو ليس المبيع أيضاً معرضاً للهلاك ؟ ولكننا نقول إن هلاك المبيع نادر ، لأن الفرض أنه موجود في مجلس العقد ، وهلاك المبيع ثانياً يفضي إلى انقضاء العقد إلى سقوط التزام المشتري بدفع الثمن . أما هلاك الثمن فليس يفضي إلى سقوط التزام البائع بتسليم المبيع ، وإنما يؤدي إلى منحه حق حبس هذا المبيع مع بقاءه ملكاً للمشتري .

٥٤٢ — (٢) إن المقصد الأصلي في مظهره الثاني ، هو أساس امتناع المشتري عن دفع الثمن عند هلاك المبيع . لأن أساس التزام المشتري بدفع الثمن ، هو « مبادلة المال بالمال » وما دامت هذه المبادلة قد تمذرت لعجز البائع عن التسليم ، فإن التزام المشتري يسقط .

تنتهي مما تقدم إلى أن السبب في الالتزام ليس هو « الفرض المباشر الذي يرمى إليه العاقد من وراء التزامه » وبعبارة أخرى إن سبب التزام المشتري بدفع الثمن ليس هو التزام البائع بتسليمه المبيع . وإنما هو المقصد الأصلي ، أي نقل الملكية بعوض ، الذي جاء العقد لتحقيقه ؛ أو كما يقول السكاساني : « إن تسليم البديلين واجب على العاقدين ؛ لأن العقد أوجب الملك في البديلين ؛ ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض . » وواضح أن ارتباط الالتزام بسببه في ظل نظرية المقصد الأصلي ، هو ارتباط ضروري مادي ، شبيه بارتباط الوسيلة بالغاية ، لا ارتباط نفسي معنوي ، كما هو الحال في السبب في مفهومه التقليدي .

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٧ .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٤٩ .

§ ٣ - المقصد الأصلي هو المسوغ لحماية الشارع للتصرف

٥٤٣ - بقى أن نقول إن المقصد الأصلي للتصرف هو مصدر قوته الإلزامية ، وهو المسوغ لحماية الشارع له ، ففي عقد البيع مثلاً ، إن نقل الشارع للملكية بمجرد النقد ، هو الذى يسوغ للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن ، وهو الذى يسوغ للمشتري حق مطالبة البائع بتسليم المبيع . وهذه المطالبات التى تؤكد المقصد الأصلي وتقويه ، والتى عبرنا عنها بالمقاصد التابعة ، تجدد فى المقصد الأصلي حامياً لها ، ومسوغاً لإلزامها . إذ لولاها لفقدت أساسها ، ولا تمتنع على المشتري عندها قبض المبيع ، ولا اعتبر آنذاك غاصباً متعمداً ، لا صاحب حق يحميه الشرع .

وكذلك الحال فى النكاح ، إن المقصد الأصلي ، كما رأينا ، هو حل المتعة الزوجية وهذا المقصد هو الذى يسوغ مقاصده التابعة ، من مطالبة الزوجة بالطاعة ، ومطالبة المرأة للرجل بالنفقة ، ولولا هذا المقصد لفقدت هذه المطالبات أساسها ، ولا اعتبر اتصال الرجل بالمرأة سفاحاً يعاقب عليه الشارع ، لا نكاحاً يستظل بحمايته وسنده .

المبحث الثانى

السبب المصلحى

٥٤٤ - استعرضنا فى المبحث السابق السبب باعتباره عنصراً فنياً فى الفقه الإسلامى ، وانتهينا إلى أنه لا وجود لهذا السبب فى الفقه الإسلامى فى مفهومه اللاتينى الفرنسى ، ورأينا أيضاً أن لهذا السبب الفنى دورين : دوراً عند نشوء الالتزام ، ودوراً عند تنفيذه ثم استعرضنا وسائل الفقه الإسلامى فى أداء هذه الوظائف ، وانتهينا إلى أن شرائط العقد ، وفكرة العدالة تسدان مسد السبب الفنى ، وبجئنا أخيراً لفكرة المقصد الأصلي فى الفقه الإسلامى فى ضوء النظرية المادية الإيطالية فى السبب وانتهينا إلى أن هذه الفكرة تصلح أساساً لنظرية جديدة للسبب الفنى فى الفقه الإسلامى .

وننتقل هنا لمبحث دور السبب المصلحى فى التصرف القانونى ، ولقد سبق أن رأينا أن مقتضى هذا السبب أن لا يقف القاضى عند مجرد توافر شروط التصرف (٣٣ - التعبير عن الإرادة)

وأركانها ، من الوجهة الفنية ، بل يترتب عليه تحرى البواعث والدوافع التي دفعت صاحب التصرف ، إذ ليس يكفي أن يتوافر الإيجاب والقبول متطابقين ، وأن تكون أهلية الماقردين تامة ، وعملية العقد قابلة لحكمه ، لكي يحكم القاضي بصحة التصرف ذلك أن الماقردين قد يستخدمان الوسائل الفنية المشروعة لتحقيق غايات غير مشروعة وعندئذ يتمين على الشرع أن لا يقرها على ذلك ، وعلى القاضي أن يتعقب تلك الغاية المشروعة التي يرميان إليها ، يقوده في ذلك معيار النظام العام والآداب العامة في التشريع الذي بين يديه .

ففي المجتمع الإسلامي حيث يقضى الشارع بتحريم الفناء ، والنوح ، والخمر ، والدم والميتة ، والخنزير ، والأصنام ، والزنا ، والتلهي ، وصنع الصليبان ، ... يبطل القاضي كل عقد ينصب على إحدى هذه المحرمات ، لأن هذه العقود تعتبر متعارضة مع النظام العام الإسلامي . وعلى القاضي قبل أن يقرر بطلان العقد ، أن يبحث أولاً في بنية العقد من الناحية الفنية ، فإذا ما تأكد من سلامتها ، بأن توافرت فيها الوسائل الفنية الموضوعية ، انتقل بعد ذلك إلى منطقة السبب المصلحي ، وبحث عما إذا كان ثمة بواعث دافعة غير مشروعة تمس مصلحة المجتمع وآدابه . وهذه البواعث أسميناها « السبب المصلحي » ، لأن مصلحة المجتمع تحمى عن طريق توافرها مشروعة في التصرف القانوني . وعلى هذا فإذا ما تناول عقد الإيجار مثلاً استئجار فتاة للخدمة ، كان العقد صحيحاً من الناحية الفنية والمصاحية ، لأن العقد قد توافرت فيه شروطه وأركانها ولم يهدف إلى ما يخل في مصلحة المجتمع . أما إذا كان الدافع على استخدام الفتاة الزنا بها ، أو الاستمتاع بفنائها ، أو تسخيرها للندب والنوح ، أو لبيع الخمر ، أو لتحت الأصنام ، أو زخرفة البيت بالتماثيل ، أو لرعى الخنازير ، أو لصنع الصليبان . . . كان العقد باطلاً ، لأن السبب المصلحي فيه لم يتوافر مشروعا ، وإنما توافر فيه غير مشروع فينتهي إلى هدم العقد الذي تلوث بعدم مشروعيته .

٥٤٥ --- اختلف مذاهب الفقهاء الإسلامي في نظرية السبب المصلحي :

ولكن هل يهدم السبب المصلحي غير المشروع العقد في الفقه الإسلامي ، بدون قيد ولا شرط ، أم أن ثمة شروطاً يجب توافرها ، لكي يفسد هذا السبب التصرف الذي قام

عليه؟ الواقع أن ثمة شرطين لإعمال هذا السبب : شرط متفق عليه ، وشرط مختلف فيه . أما الشرط المتفق عليه ، فهو علم العاقد الآخر بالسبب المصالحى الذى حدا بالطرف الآخر إلى التعاقد . فليس ثمة فى المذاهب الإسلامية من يجعل السبب المصالحى غير المشروع سبباً لهدم القصر إذا جهله العاقد الآخر . ولعل مرد ذلك نزعة الفقه الإسلامى نحو استقرار التعامل .

أما الشرط المختلف فيه فهو ظهور هذا السبب المصالحى فى صاب العقد باعتباره جزءاً من التعبير عن الإرادة :

(أ) فمن الفقهاء — وهم أنصار النظرية الموضوعية — من ذهب إلى ضرورة ظهور هذا السبب فى الإرادة الظاهرة نفسها ، واشترط دخوله فى دائرة التعاقد ، بحيث لا يحفل به المشرع إذا ظل متوارياً عنها .

(ب) ومن الفقهاء — وهم أنصار النظرية الذاتية — من لم يشترط ظهور السبب المصالحى فى متن العقد ، مادام الطرف الآخر على علم به .

٥٤٦ — ويلاحظ بادىء ذى بدء ، أن القيد الذى تضمنه النظرية الموضوعية على السبب المصالحى ، باشتراط ظهوره فى صيغة العقد ، يقضى إلى ضيق الاعتداد بالبائع لدى القائلين بهذه النظرية فى المذهبين الحنفى والشافعى . على أن هذا القيد لا ينبو عن النزعة الموضوعية السائدة فى الفقه الإسلامى بصورة عامة .

ويلاحظ ثانياً ، أن إعمال السبب المصالحى لدى المذهبين المالكي والحنبل ، بدون اشتراط ظهوره فى صلب العقد يقضى إلى ازدهار نظرية السبب المصالحى الذاتية فى هذين المذهبين . وهذا الازدهار ليس بالأمر المستغرب فى شريعة دينية تعطى للاعتبارات الأدبية والخلقية المكان الأسمى .

الفرع الأول

النظرية الموضوعية فى السبب المصالحى فى الفقه الإسلامى

٥٤٧ — تذكرنا النظرية الموضوعية فى السبب المصالحى فى الفقه الإسلامى

باتجاه القانون الألمانى فى هذا الصدد . فكما أن هذا القانون ، لا يعتد بالسبب

المصلحة إلا إذا كان جزءاً من التعبير عن الإرادة ، فكذلك الحال في النظرية الموضوعية . على أن الفقه الاسلامي إن كان يلتقي مع القانون الألماني في المبدأ القائل بأن السبب المصلحة لا يعتمد به إلا إذا كان في صلب العقد فهو يفترق عنه في مبدأ آخر بزّ فيه الفقه الاسلامي القانون الألماني في إمعانه في الموضوعية وهو المبدأ القائل إن التعبير هو الإرادة ذاتها .

ولقد تسنى لنا في الأبحاث السابقة من هذه الرسالة ، التدليل على المبدأ الثاني ، ونباشر الآن في تفصيل شطرى المبدأ الأول وهما :

- (١) يُعتمد بالسبب المصلحة إذا كان في صلب التعبير عن الإرادة .
- (٢) لا يُعتمد بالسبب المصلحة إذا لم يكن في صلب التعبير عن الإرادة .

المطلب الأول

يعتمد بالسبب المصلحة إذا كان في صلب التعبير عن الإرادة

٥٤٨ - ليس يقتصر الاعتداد بالسبب المصلحة على الحالات التي يكون فيها مذكورا بصورة صريحة في صلب التعبير عن الإرادة . بل يتعداها إلى الحالات التي يذكر فيها السبب ضمناً ، بمعنى أنه يمكن استخلاصه من الملابسات المقارنة للتعبير ، فلدينا إذن حالتان .

الحالة الأولى : السبب المصلحة مذكور صراحة في صيغة العقد

٥٤٩ - لكي يكون السبب المصلحة محل اعتبار ، يجب أن يذكر صراحة في صيغة العقد . والعائدان إذ يصرحان بهذا السبب المصلحة ، يسفران عن البواعث التي حدثت بهما إلى التعاقد . وعندها يتسنى للقاضي أن يحكم على التصرف الذي أبرماه ، على ضوء هذا الباعث الدافع . فإن كان مشروعاً اعتبر التصرف مشروعاً وإلا فلا .

وغير خاف ، أن اشتراط التصريح بالسبب المصلحة لإعمال آثاره يضبط التعامل

ولا يفسح المجال للإزكان والتهمة ، ويربح القاضى من عناء سبر أعماق النفس ، والتعرف على الدوافع البعيدة فى ضمير المتعاقد ، فمن الخير إذن ، أن يدخل السبب المصالحى فى دائرة التعاقد ، وأن يكون جزءاً من التعبير . فمندها يقف القاضى عند الإرادة الظاهرة وما تحمله فى متنها من بواعث ودوافع ، ولا يتخطاها إلى النوايا المستكنة فى النفس . فإذا كانت الإرادة الظاهرة خالية من الباعث غير المشروع ، حكم القاضى بصحة العقد ، دون أن يكلف نفسه عناء التنقيب فى نفس المتعاقد عن البواعث الخفية غير المشروعة الدافعة للتعاقد .

ولعل أقوى نص وجدناه فى الإفصاح عن صيغة هذه النظرية الأولى ، هو نص عزاه ابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين للشافعى ، قال فيه :

« ثم قواعد الفقه وأدلته لا تحرم مثل ذلك ، فإن هذه العقود التى لم يشترط المحرم فى صلبها عقود صدرت من أهلها ، فى محلها ، مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له فى بطلان الأسباب الظاهرة^(١) » .

فالشافعى يصرح فى هذا النص أنه مادام قد توافرت مقتضيات الفنية فى التصرف ، من « إيجاب وقبول ، وأهلية ، وقابلية المحل لحكم العقد » ، فلا عبرة بعدها ، للسبب المصالحى (القصد الخفى) فى بطلان هذه المقتضيات الفنية الظاهرة .

ويقول فى مكان آخر « والنية لا تغير موجب السبب (التصرف) . » ويقول أيضاً : « فالقصد لا يقدح فى اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج عما يتم به العقد » وهذه أقوى صيغة وجدناها للشافعى ، للتعبير عن أن السبب المصالحى ، هو خارج عن دائرة التعاقد . ويصور الشافعى أيضاً فى مكان آخر ، خروج السبب المصالحى عن دائرة التعاقد ، فيقول إنه : « منقطع عن السبب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه^(٢) » .

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٧٢ — ١٧٣ .

(٢) نفس المرجع .

ويقارن الشافعي في مكان آخر ، بين الوسيلة الفنية ، والوسيلة النفسانية . فيرى أعمال الأولى وإهمال الثانية رغم اشتراكهما في طابع الذاتية أحياناً . فهو يرى مثلاً أن الرضا إذا تخلف لم يقدح العقد لتخلف وسيلة ركنية فنية . أما إذا كان القصد غير مشروع ، فلا عبرة له « لأنه منقطع عن السبب » أى خارج عن دائرة التعاقد . يقول الشافعي رحمه الله : « فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج عما يتم به العقد ، ولهذا لو اشترى سلاحاً ، ومن نيته أن يقتل به معصوماً ، فكل ذلك لا أثر له في صحة البيع من جهة أنه منقطع عن السبب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه . وقد ظهر بهذا ، الفرق بين هذا القصد ، وبين الإكراه . فإن الرضاء شرط في صحة العقد ، والإكراه ينافي الرضاء^(١) » .

ويدل في مكان آخر أيضاً على أن مقتضيات الفنية للتصرف كافية ؛ وأنه لا سبيل للسبب المصلحي في الدخول في هذا النطاق الفني ، وإعدام آثاره . ذلك أن هذه الآثار قد قصر القانون إناطتها على وسائل العقد الفنية ، لا النفسانية . يقول : « فإذا كان السبب ظاهراً متميناً لمسيبه ، لم يكن للنية الباطنة أثر في تغيير حكمه ، بوضحه . إن النية لا تؤثر في اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لمسيباتها ، ولا تؤثر الفنية في تغييرها^(٢) » .

ويشرح الشافعي نظريته هذه ، في عبارة قوية في كتاب الأم ، فيقول :

« أصل ما أذهب إليه ، أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ، ولا بمادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع . وكأ أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ، ممن يراه ، أن يقتل به ظالم ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكأ أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يمصره خمراً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالاً . وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو

(١) لإعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٧١ .

(٢) المرجع السابق .

ينوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده أبداً
بالمقد الفاسد^(١) . »

ونستعرض فيما يلي نصوصاً من الفقهين الشافعي والحنفي ، لا يعمل فيهما السبب
المصالحى ، إلا إذا كان مذكوراً في صيغة المقد .

المذهب الشافعى

وننقل فيما يلي رأى الشافعية ، كما ساقه ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين ،
ج ٣ ، ص ١٧٦ :

« قال الشافعى وأبو ثور : المحلل الذى يفسد نكاحه هو الذى يعقد عليه فى نفس
عقد النكاح أنه إنما يتزوجها ليحلها ثم يطلقها ، فاما من لم يشترط ذلك فى عقد
النكاح ، فعقده صحيح ، لا داخلة فيه ، سواء شرط ذلك عليه قبل المقد أو لم بشرط ،
نوى أو لم ينوه . قال أبو ثور ، وهو مأجور . .

ثم قواعد الفقه وأدلتها لا تحرم مثل ذلك . فإن هذه العقود التى لم يشترط المحرم
فى صلبها عقود صدرت من أهلها ، فى محلها ، مقرونة بشروطها . فيجب الحكم
بصححتها . لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية الماقد لا نزاع فيها ،
ومحلبة العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالمقد ، ولا تأثير له فى بطلان الأسباب
الظاهرة ، لوجوه :

أحدها أن الحتمال مثلاً إنما قصد الربح الذى وضعت له التجارة ، وإنما لكل امرئ
مانوى ، فإذا حصل له الربح حصل له مقصوده ، وقد سلك الطريق المفضية إليه
فى ظاهر الشرع .

والمحلل غايته أنه قصد الطلاق ونواه إذا وطئ المرأة ، وهو مما ملكه الشارع إياه ،
فهو كما لو نوى المشتري إخراج المبيع عن ملكه إذا اشتراه . وسر ذلك أن السبب
مقتضى لتأبد الملك ، والنية لا تغير موجب السبب حتى يقال إن النية توجب نأقيت

(١) الأم للشافعى ، ج ٣ ، ص ٦٥ .

العقد ، وليست هي منافية لموجب العقد ، فإن له أن يطلق . ولو نوى بمقد الشراء إتلاف البيع وإحراقه أو إغراقه . لم يقدح في صحة البيع ، فنية الطلاق أولى .

وأيضاً فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب لحكمه ، لانه خارج عما يتم به العقد ، ولهذا لو اشترى عصيراً ومن نيته أن يتخذه خيراً ؛ أو جارية ومن نيته أن يكرها على البغاء ، أو يجمعها مغنية ؛ أو سلاحاً ، ومن نيته أن يقتل به معصوماً . فكل ذلك لا أثر له في صحة البيع ، من جهة أنه منقطع عن السبب فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه .

وقد ظهر بهذا الفرق ، بين هذا القصد ، وبين الإكراه ؛ فإن الرضاء شرط في صحة العقد ، والإكراه ينافي الرضاء ، وظهر أيضاً ، الفرق بينه ، وبين الشرط المقارن ؛ فإن الشرط المقارن يقدح في مقصود العقد . فغاية الأمر ، أن العاقد قصد محرماً ، لكن ذلك لا يمنع ثبوت الملك ، كما لو تزوجها ليضاربها امرأة له أخرى .

ومما يؤيد ذلك ، أن النية إنما تعمل في اللفظ المحتمل للمعنى وغيره ، مثل الكنايات ، ومثل أن يقول اشتريت كذا ، فإنه يحتمل أن يشتريه لنفسه ، ولو كاله فإذا نوى أحدهما صح .

فإذا كان السبب ظاهراً متعيناً لمسببه ، لم يكن للنية الباطنة أثر في تغيير حكمه ، بوضحه ، أن النية لا تؤثر في اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لمسبباتها ، ولا تؤثر النية في تغييرها .

يوضحه ، أن النية ، إما أن تكون بمنزلة الشرط ، أو لا تكون . فإن كانت بمنزلة الشرط لزم أنه إذا نوى أن لا يبيع ما اشتراه ، ولا يهبه ، ولا يتصرف فيه ، أو نوى أن يخرجها عن ملكه ، أو نوى أن لا يطلق الزوجة ، ويبعث عندها كل ليلة ، أو لا يسافر عنها ، بمنزلة أن يشترط ذلك في العقد ، وهو خلاف الإجماع . وإن لم يكن بمنزلة الشرط فلا تأثير له حينئذ .

وأيضاً ، فنحن لنا ظواهر الأمور ، وإلى الله سرائرها وبواطنها . ولهذا يقول الرسل ربهم تعالى يوم القيامة إذا سألهم : ماذا أجبتهم ؟ فيقولون : (لا علم لنا إنك

أنت علام الغيوب) كان لنا ظواهرهم ، وأما ما انطوت عليه ضمائرهم وقلوبهم ، فانت العالم به .

قالوا فقد ظهر عذرنا ، وقامت حجتنا ، فتبين أننا لم نخرج فيما أصلناه — من اعتبار الظاهر ، وعدم الالتفات إلى القصود في العقود ، وإلغاء الشروط المتقدمة الخالي عنها العقد ، والتحجيل على التخلص من مضائق الإيمان ، وما حرمه الله ورسوله من الربا وغيره — عن كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، وأقوال السلف الطيب « .

المذهب الحنفى

جاء في الزيلعى : « ولا يجوز [الإستئجار] على الغناء والنوح والملاهى ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً ، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه للمعصية ، لكان ذلك مضافاً إلى الشارع ، من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً . ولأن الأجير والمستأجر مشتركان فى منفعة ذلك فى الدنيا ، فتكون الإجارة على محل هو شريك فيه ... وإن أعطاه الأجر وقبضه ، لا يحل له ، ويجب عليه رده إلى صاحبه . وفى المحيط فى كتاب الاستحسان ، إذا أخذ المال من غير شرط يباح ، لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد ^(١) » . وفى الفتاوى الحانية : « رجل استأجر فخلاً لينزله ، لا يجوز ذلك ولا أجر فيه ، وكذا النائحة والمغنية ... وإن استأجر المسلم ذمياً ليبيع له خيراً أو ميتاً أو دماً لا تجوز ... ولو استأجر رجلاً لينحت له أصناماً أو ليزخرف له بيتاً بالتمائيل فلا أجر له ، كمالو استأجر نائحة أو مغنية ^(٢) » .

وواضح من النصين السابقين ، أن صيغة العقد قد تضمنت صراحة الباعث على الإجارة ، وهو السبب المصالحى ، ولما كان هذا السبب غير مشروع ، لأنه يفضى إلى محرمات نهى الشارع عنها ، وهى الغناء والنوح ، وبيع الخمر والميتة والدم ، وصنع الأصنام والتمائيل ، ومن ثم كان عقد الإجارة ، الذى انصب على هذه المحرمات باطلاً

(١) الزيلعى ، ج ٥ ، ص ١٢٥ .

(٢) الفتاوى الحانية ، ج ٢ ، ص ٣٢٢ وماب .

وإليك نصين آخرين من كتاب بدائع الصنائع أبطل الشارع فيهما تصرفات ، كان الباعث الدافع على إبرامها ، سبب مصلحي غير مشروع ، انتظمه نص العقد

قال السكاساني : « ولا تجوز إجارة الإمام للزنا ، لأنها إجارة على المصيبة . وقيل فيه نزل قوله تعالى : « ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ، إن أردن تحصناً ، لتبتغوا عرض الحياة الدنيا » . وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن مهر البني ، وهو أجر الزانية على الزنا ^(١) . »

وجاء في البدائع : « ولو اشترى قرية على أنها تصوت ، أو طيراً على أنه يحىء من مكان بعيد ، أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكاً على أنه مقاتل ، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو أحد الروایتين عن محمد رحمه الله . لأن هذه صفات يتلهمى بها عادة ، والتلهمى محذور ، فكان شرطاً محظوراً ، فيوجب فساد البيع ، ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها ، فالبيع فاسد ، لأن التمنية صفة محظورة لكونها لهواً ، فشرطها في البيع يوجب فسادها . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب ، جاز البيع ، لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب ، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر ، فإن وجدها لا تغني لا خيار له ، لأن الغناء في الجوارى عيب ، فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليماً ^(٢) » . والمثال الأخير يظهر بجلاء كيف أن الشيء الواحد قد يكون مشروعاً أو غير مشروع تبعاً لنية المتعاقدين . ففي مثال الجارية ، إذا كان الباعث على شرائها الرغبة في غناها كان العقد فاسداً ؛ لعدم مشروعية سببه المصلحي ، لأن التلهمى محذور . أما إذا كان الغناء لم يكن هو الباعث على التعاقد وكانت الإشارة في العقد إلى كون الجارية مغنية ، هو على سبيل إظهار عيبها ، لم يكن السبب المصلحي غير مشروع ، ومن ثم كان العقد صحيحاً .

وجاء في البدائع أيضاً : « فاما اذا شرط ، بأن استأجر ذى داراً من مسلم في

(١) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٩٠ .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٦٩ .

مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على معصية ^(١) . »

وفي ابن عابدين : « لا تصح الإجارة لأجل المعاصي مثل الغناء والنوح والملاهي ، ولو أخذ بلا شرط يباح . والملاهي هي كالزماير والطبل ، وإذا كان الطبل لغير اللهو ، فلا بأس به ، كطبل الغزاة والعرس لما في الأجناس ، ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلمن الفكاح وفي الولو الحيه ، وإن كان للغزو ، أو القافلة ، يجوز اتقاني ملخصاً .

وفي المنتقى : امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمرا اكتسبت مالا ، رده على أربابه إن علموا ، وإلا تتصدق به ، وإن من غير شرط فهو لها . قال الإمام الأسقاذ لا يطيب ، والمعروف كالشروط اه قلت ، وهذا إنما يتمين الأخذ به في زماننا ، لملمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر ألبقة ^(٢) »

ويلاحظ أن عقد إجارة أدوات الملاهي تدور صحته حول الغرض من الانتفاع بهذه الأدوات المذكورة في العقد . فإن كان يهدف إلى اللهو المحض كان العقد فاسداً . وإن كان لإعلان العرس أو للغزو أو للقافلة كان العقد صحيحاً .

الحالة الثانية : السبب المصالحى مستخلص من ملابسات القصر

٥٥٠ - قد لا يستخلص السبب المصالحى صراحة من نص التعبير عن الإرادة بل يستشف من الملابسات المقارنة لهذا التعبير . وهنا نجد تبايناً واضحاً في مسلك المذهبين الشافعى والحنفى . فبينما يحرص المذهب الأول على نزعة الموضوعية ، فلا يخرج عن متن التعبير نفسه ، ويشترط ذكر السبب المصالحى صراحة في العقد . نجد المذهب الحنفى يعتمد بالملابسات المقارنة للتعبير ، ويحملها عاملاً في إعمال السبب المصالحى ، إذا كشفت هذه الملابسات عن عدم مشروعيتها .

ونضرب فيما يلى مثالين أحدهما في بيع العينة ، والثانى في طلاق الفار ، وسنجد أن

(١) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٧٦ .

(٢) رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٣٥ — ٣٦ .

عدم المشروعية يجازى في أولهما عن طريق إبطال التصرف القانوني نفسه . أما الثاني فإن عدم المشروعية فيه يجازى خارج نطاق التصرف القانوني . وفي كليهما نجد تبايناً واضحاً بين مسلك الفقهاء الشافعي والحنفي . فبينما يصحح المذهب الشافعي بيع العينة ، لأنه لم يقرن بشرط فاسد صراحة ؛ يبطل المذهب الحنفي هذا البيع ، إعمالاً للظروف المقارنة له .

وبينما يحتفظ المذهب الحنفي لمطلقة الفار ، بنصيبها الإرثي ، إعمالاً للسبب المصالحى غير المشروع الذى دفع المريض مرض الموت إلى طلاق زوجته ؛ نجد المذهب الشافعي يحرم المطلقة ، من نصيبها الإرثي ، دون أن يحتفل بعدم المشروعية التى لوئت السبب المصالحى الذى دفع المريض إلى طلاق زوجته ما دام هذا الطلاق لم يتضمن شرطاً صريحاً يفسده .

٥٥١ - (١) بيع العينة : ونستعرض فيما يلى تصوير الكاسانى لخلاف المذهبين فى بيع العينة : جاء فى البدائع « وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئة ، وقبضه المشتري ، ولم ينقد ثمنه ، أنه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذى باعه منه عندنا .

وعند الشافعي رحمه الله يجوز . وجه قوله ، أن هذا بيع استتبع شرائط جوازه ، وخلا عن الشروط المفسدة إياه ، فلا معنى للحكم بفساده ، كما إذا اشتراه بعد فقد الثمن .

ولنا ما روى أن امرأة جاءت إلى سيدتنا عائشة رضى الله عنها وقالت : « إني ابتعت خادماً من زيد بن أرقم بثمانمائة ، ثم بعتها منه بستمائة » . فقالت سيدتنا عائشة رضى الله عنها : « بئس ما اشتريت ، وبئس ما اشتريت ، أبلغى زيداً أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إن لم يتب » .

ووجه الاستدلال به من وجهين :

أحدهما : أنها ألحقت بزيد وعيداً لا يوقف عليه بالرأى ، وهو بطلان الطاعة ، بما سوى الردة . فالظاهر أنها قالت له سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا يلتحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية ، فدل على فساد البيع ، لأن البيع الفاسد معصية .

والثاني : أنها رضى الله عنها سميت ذلك بيع سوء ، وشراء سوء ، والفساد هو الذى يوصف بذلك ، لا الصحيح . ولأن فى هذا البيع شبهة الربا . لأن الثمن الثانى يصير قصاصاً بالثمن الأول . فبقى من الثمن الأول زيادة لا يقابلها عوض فى عقد المعاوضة ، وهو تفسير الربا ، إلا أن الزيادة ثبتت بمجموع المقدين ، فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا ، والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة^(١) . »

٥٥٢ — (ب) طلاق الفار : يكون المطلق فاراً إذا تحققت فيه الشرائط الأربع الآتية : (١) أن يطلق زوجته طلاقاً بائناً . (٢) أن يكون طائماً . (٣) أن لا يكون الطلاق بناء على طلبها . (٤) أن تكون مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض . وعلى ذلك « فلو كان مكرهاً على الطلاق ، على فرض أن طلاق المكره يجوز ، كما هو مذهب الحنفية ، فإنه لا يعتبر فاراً ، . . . وإن كان بطلبها وثبت الطلب ، أو كان الطلاق على مال ، فإنه لا يعتبر فاراً ، لأن طلبها أزال مظنة الفرار ، وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق ، وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فاراً ، كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق ، فإنها لا تكون مستحقة للميراث ، لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره ، وإنما زالت فى هذه الصورة مظنة الفرار ، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه ، فلا يتصور فرار من أمر غير واقع . . . وإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار ومات المريض من مرضه ، وهى فى العدة ، ورثته .

وخالف فى ذلك الشافعى ، فقال إنها لا ترث كالمطلقة طلاقاً بائناً فى الصحة ، لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت ، وهى سبب التوارث بين الزوجين ، فإذا ارتفعت قبل الموت ، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت ، ولا عبرة بمظنة الفرار ، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة ، والسبب الظاهر الميراث قد زال بعمل من يملك إزالته ، فلا عبرة بنيته^(٢) . »

٥٥٣ — (ج) ويلاحظ (١) أن تلوث الطلاق ، وهو تصرف صادر من جانب

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٩٨ ، س ٣١ .

(٢) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبى زهرة ، ف ٢٦٥ ، ص ٣١٧ — ٣١٨ .

واحد ، بعدم مشروعية السبب المصلحي لم يفض إلى بطلانه ، بدليل أن « الزوج لا يرث منها إذا مات قبله وهي في العدة . . ولأن الزواج يعتبر قائماً حكماً في حق الإرث^(١) » .

ويلاحظ أن هذا القيام الحكمي للزوج وحيد الجانب في حق الإرث ، فهو قائم في حق الزوجة ، فترث الفار من إرثها . أما بالنسبة للرجل ، فهو غير قائم في حقه ، فلا يرثها إذا مات قبله . إن أيلولة الميراث إلى زوجة الفار ، ليس هو إذن ، وليد أعمال السبب المصلحي غير المشروع في الطلاق ، واعتباره من ثم في حكم المدم ؛ بل هو جزاء أوجده المشرع ، خارج نطاق التصرف القانوني ، لمعاملة ذى النية السيئة بنقيض قصده .

(٢) ويلاحظ ثانياً ، أن موقف المذاهب الأربعة ، من طلاق الفار ، والحلول التي أوجدوها جزاء للبائع غير المشروع في هذا التصرف ، يكشف بوضوح عن تدرج النزعة الذاتية في هذه المذاهب الأربعة ، وهذا التدرج نكاد نجده في جميع فروعهم الفقهية فبينما تنعدم هذه النزعة لدى الشافعية ، وتحل محلها نزعة موضوعية واضحة ، لعدم اعتدادهم المطلق بالبائع إذا لم يصرح عنه ، تراها تبرز بشكل باهت لدى الأحناف ، الذين يقيدون ميراث زوجة الفار بوفاته خلال عدتها . وتدرج هذه النزعة من الضعف إلى القوة لدى الحنابلة ، الذين لا يقيدون ميراث زوجة الفار بوفاته خلال عدتها ، بل يعطونها هذا الحق ، ولومات بعد انقضاء عدتها ، مادامت لم تتزوج من زوج آخر . وتصل النزعة الذاتية إلى أقصاها لدى المالكية ، فزوجة الفار ترث عندهم ، وسواء مات في عدتها أو لم يمّت ، وسواء تزوجت بزواج آخر أو لم تتزوج .

وقد رجح أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، رأى الأحناف ، لاتفاقه مع القياس وهو ترجيح سديد^(٢) وقد أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري م ١١٦ إذ جاء فيه : « من باثر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته ، أو في حالة يغلب

(١) أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية الأستاذ عمر عبد الله ، ص ٣٤٢ .
(٢) راجع تفصيل المذاهب الأربعة في هذا الموضوع في كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ٣١٨ — ٣١٩ .

في مثلها الهلاك طائماً بلارضى زوجته ، ومات في ذلك المرض ، أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها من وقت الإبانة إلى الموت .

المطلب الثاني

لا يعتد بالسبب المصلحي إذا لم ينتظمه التعبير عن الإرادة

٥٥٤ - ذكرنا في المطلب السابق ، أن السبب المصلحي غير المشروع ، يجب أن يرد ذكره في العقد صراحة أو ضمناً لكي يتسنى إعماله . ونتكلم في هذا المطلب عن الحالات التي يهمل فيها إعمال هذا السبب المصلحي غير المشروع ، لأنه ظل باعناً في نفس التعاقد ، ولم يظهر في حين التعبير عن الإرادة . ويترتب على هذا الإهمال ، أن يقوم التصرف صحيحاً ، بالاستناد إلى كمال وسائله الفنية ، ولو كانت وسائله النفسية ، ملوثة بعدم المشروعية ، مادامت هذه الوسائل لم تفصح عن نفسها في صلب الإرادة الظاهرة . ونستعرض فيما يلي أمثلة عن أسباب مصلحية غير مشروعة يهدر إعمالها لأنها لم تذكر في العقد .

زواج المحل : اتخذ المذهب الحنفي موقفين من زواج المحل الذي لم تتضمن صيغة التعبير فيه إرادة التحليل . فقد ذهب أبو حنيفة إلى صحة هذا العقد - وسواء شرط الماقد التحليل أو لم بشرط - وذهب أبو يوسف إلى التفصيل ، فقضى بفساده إن شرط التحليل ، وقضى بصحته إن لم بشرط .

جاء في البدائع : « فإن تزوجت زوج آخر ومن نيتها التحليل ، فإن لم يشترط ذلك بالقول ، وإنما نوا ، ودخل بها على هذه النية ، حات الأول ، في قولهم جميعاً . لان مجرد النية في المعاملات غير معتبر ؛ فوقع النكاح صحيحاً ، لاستجراع شرائط الصحة ، فتحل للأول ، كما لو نوا التوقيت ، وسائر المعاني المفسدة »

وان شرط الاحلال بالقول ، وإنه يتزوجها لذلك ، وكان الشرط منها ، فهو نكاح صحيح عند أبي حنيفة ، وزفر ، وتحل للأول ، ويكره للثاني والأول .

وقال أبو يوسف : إن النكاح الثاني فاسد وإن وطئها لم تحل للأول .

وقال محمد : النكاح الثاني صحيح ولا تحل للأول .

وجه قول أبي يوسف . إن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت وشرط التوقيت في النكاح يفسده ، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل .

ولمحمد : إن النكاح عقد مؤبد ، فكان شرط الإحلال استمجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل ، فيبطل الشرط ، ويبقى النكاح صحيحاً . لكن لا يحصل به الغرض ، كمن قتل مورثه ، أنه يحرم الميراث ، لما قلنا . كذا هذا .

ولأبي حنيفة ، أن عمومات النكاح تقتضي الجواز ، من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أولاً ، فكان النكاح بهذا الشرط نكاحاً صحيحاً ، فيدخل تحت قوله تعالى « حتى تفكح زوجاً غيره » ، فتنتهي الحرمة عند وجوده ، إلا أنه كره النكاح بهذا الشرط ، لغيره ، وهو أنه شرط يناق المقصود من النكاح ، وهو السكن ، والتوالد ، والتمتعف ، لأن ذلك يقف على البقاء ، والدوام على النكاح . . . وأما قول أبي يوسف إن التوقيت في النكاح يفسد النكاح ، فنقول المفسد له هو التوقيت نصاً . ألا ترى أن كل نكاح مؤقت ، فإنه يتوقت بالطلاق والموت وغير ذلك . ولم يوجد التوقيت نصاً ، فلا يفسد ، وقول محمد : إنه استمجال ما أجله الله تعالى ممنوع ، فإن استمجال ما أجله الله تعالى لا يقصور ، لأن الله تعالى ، إذا ضرب لأمر أجلاً لا يتقدم ولا يتأخر^(١) .

وفي رد المحتار : « وجاز بيع عصير عنب ممن يعلم أنه يتخذه خراً ؛ لأن المصيبة ، لا تقوم بعينه ، بل بعد تغيره ، وقيل يكره ، لإعاقته على المصيبة . . . وما تقوم المصيبة بعينه ، ما توجد فيه على وصفه الموجود حالة البيع كالأمرد ، والسلاح^(٢) » .

وفي البدائع : « ومنها بيع السلاح من أهل الفتنة ، وفي عسا كرههم ، لأن بيعه منهم من باب الإعانة على الإثم والعدوان . وإنه منهي ، ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالحديد وغيره ، لأنه ليس معداً للقتال ، فلا يتحقق معنى الإعانة ، ونظيره ، بيع الخشب الذي يصلح لانتخاذ الزمار ، فإنه لا يكره ، وإن كره بيع الزامير^(٣) » .

وفي مختصر الطحاوي : « من كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه . وليس عليه أن

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٨٧ — ١٨٨ .

(٢) رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٢٥٨ ، س ٣٠ .

(٣) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٣ .

يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذ خيراً ، دون من يخاف ذلك عليه ؛ لأن المصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ماسواه من الأشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها^(١) .

وفي البدائع : « غير أن الذي إن استأجر داراً من مسلم في مصر ، فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ، ويضرب فيها بالناقوس ، له ذلك . ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك ، على طريق الحسبة ، لما فيه من إحداث شعائر لهم ، وفيه تهاون بالمسلمين ، واستخفاف بهم ، كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين ، قال النبي صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة ، أى لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار . ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة ، لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ، ألا ترى أنه لو فعل ذلك في دار نفسه ، لا يمنع منه .

ولو كانت الدار بالسواد^(٢) ، ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك ، لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمنه لأن أكثر أهل السواد في زمنه كانوا أهل الذمة من المجوس . فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر ، فكان الحكم فيه كالحكم في مصر . وهذا إذا لم يشترط ذلك في العقد .

فأما إذا شرط بأن استأجر ذمى داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجارة ، لأنه استئجار على المعصية^(٣) .

الفرع الثاني

النظرية الذاتية في السبب المصلح في الفقه الإسلامي

٥٥٥ — تعتمد هذه النظرية ، كالنظرية السابقة ، بالنوايا والمقاصد ، وتجمل عدم مشروعيتها سبباً في بطلان التصرف . بيد أن الفارق بين هاتين النظريتين هو فارق

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٢٧٠ . (٢) سواد البلدة : ماحولها من الريف والقرى .

(٣) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٧٦ .

(٣٤ — التعبير عن الإرادة)

من حيث الدرجة والأسلوب ، فيينا تضيق النظرية الموضوعية مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية باعثها عن طريق اشتراط كون هذا الباعث غير المشروع جزءاً من الإرادة الظاهرة ؛ توسع النظرية الثانية مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية الباعث عليها ، عن طريق عدم اشتراط انتظام هذا الباعث في صلب التعبير عن الإرادة ؛ بل هي تقتصر على الوقوف عند علم الطرف الآخر بهذا الباعث ، وترى في هذا العلم ضماناً كافياً لاستقرار التعامل .

ونهج هذه النظرية الثانية في الاعتداد بالبواعث ، يذكّرنا بنهج نظرية القضاء الحديثة في السبب في الفقه اللاتيني . فهذه النظرية الأخيرة كما رأينا^(١) ، لا تشترط ذكر السبب المصلحي في صلب التعبير عن الإرادة على غرار النظرية الألمانية ، التي اقتفت النظرية السابقة أثرها ؛ بل تمنع بعلم الطرف الآخر بالبواعث غير المشروع الذي دفع المتعاقد معه إلى إبرام الصفقة .

ولعل هذه النظرية الأخيرة أصدق تعبيراً عن روح الفقه الإسلامي ، باعتباره منبثقاً عن شريعة دينية سمحاء ، تعتمد بالعوامل الخلقية والأدبية ، وتقف عند طهارة النوايا ، ونظافتها من عدم المشروعية .

ولئن وقفت النظرية الأولى عند الظاهر المحسوس الذي يركن إليه الناس في تعاملهم ، وازورت عن سبر أعماق النفس البشرية للبحث عن النوايا الخبيثة الدافعة إلى التصرفات ، فقد عبرت في موقفها هذا على حرصها على النزعة الموضوعية السائدة في فروع الفقه الإسلامي المختلفة .

وسنستعرض هذه النظرية في المذهب الحنبلي والمالكي .

المطلب الأول

§ ١ - النظرية الذاتية في المذهب الحنبلي

٥٥٦ - نبعث هنا في الأمرين التاليين : (١) دور ابن القيم في إعمال الباعث

(١) راجع ما سبق ، ف ٥٠٠ وماب .

غير المشروع (ب) كيف يتصل العاقد الآخر بهذا الباعث غير المشروع .

(١) دور ابن القيم في أعمال الباعث غير المشروع

٥٥٧ -- يعبر ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين أصدق تعبير عن اتجاه هذه النظرية في شبارات قوية تحمل قبساً من حماسه لها واندفاعه في تأييدها . فهو القائل : « القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فإذا ألغيت ، واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها ، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه ^(١) » .

وقد دافع ابن القيم عن هذه النزعة في نطاقين مختلفين :

(١) نطاق الإرادة الباطنة . (٢) نطاق الباعث على التعاقد .

فدعا إلى إيثار الإرادة الباطنة والاحتفال بها من جهة ، ونادى بوجوب الاعتماد بالباعث غير المشروع في إبطال العقد من جهة أخرى . وغير خاف أن هذين المفهومين ، رغم كونهما ذاتيين ، متباينان . ذلك لأن الأول هو أصلاً داخل في دائرة التعاقد ، بينما يكون الثاني في الأصل خارجاً عن دائرة التعاقد ، وإن كان يدخل فيه استثناء عند علم العاقد الآخر به ، أو ذكره في متن العقد .

ديلاحظ أن ابن القيم لم يخصص لكل مفهوم اصطلاحاً خاصاً به ، بل كان يطلق ألفاظ « القصد » و « المقصد » و « النية » على المفهومين بدون تفريق ^(٢) .

فقد دعا ابن القيم إلى إيثار الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة في عبارات قوية قال « وهذا الذي قلناه من اعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ وأنها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها ، مريداً لموجباتها ؛ كما أنه لا بد أن يكون قاصداً

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٨٢ .

(٢) راجع رسالة الدكتور عبد الله الجليلي حيث نجد آثار هذا الخلط في النصوص الطويلة التي نقلها عن ابن القيم في صدد بحثه عن الباعث غير المشروع (ص ٤١٥ — ٤٢٠) ، ولقد كان حرياً بالمؤلف أن يصطفى من هذه النصوص ما يتفق مع موضوع الباعث غير المشروع ، لا أن يدرجها كما وردت في مصدرها بدون تفريق بين (الباعث) و (الإرادة الباطنة) الأمر الذي لاصلة له يبحث المؤلف . ويبدو هذا الخلط بوجه خاص في هامش ص ٤١٨ من الرسالة المذكورة .

للتكلم باللفظ مريداً له فلا بد من إرادتين : إرادة التكلم باللفظ اختياراً ، وإرادة
موجبه ومقتضاه . بل إرادة المعنى أكد من إرادة اللفظ ، فإنه المقصود واللفظ
وسيلة (١) » .

وقال في موضع آخر : « إذا اشترى أو استأجر مكرها ، لم يصح ، وإن كان في
الظاهر قد حصل صورة العقد ، لعدم قصده وإرادته ، فدل على أن القصد روح العقد
ومصححه ومبطله ، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ
مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فإذا أُلغيت ، واعتبرت
الألفاظ التي لا تراد لنفسها ، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما قد يسوغ
إلغاؤه (٢) » .

ويلاحظ أن ابن القيم قد استعمل في النصين السابقين ألفاظ « القصد » و « النية »
و « المقصد » بمعنى الإرادة الباطنة .

وإليك نصوصاً أخرى استعمل فيها المؤلف نفس الألفاظ بمعنى الباعث ، في
صدد دعوته إلى الاعتداد بالباعث غير المشروع قال :

« ومن المعلوم أن العاصر إنما عصر عتياً ، ولكن لما كانت نيته إنما هي تحصيل
الخمر ، لم ينفه ظاهر عصره ، ولم يعصمه من اللعنة لباطن قصده ومراهه ، فلم أن
الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها ، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها (٣) » .

ويقول : « وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة
في التصرفات والمعاملات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية
والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، أو صحيحاً أو فاسداً (٤) » .

ويبدو أن ابن القيم قد نجح إلى حد كبير ، في مؤلفه القيم إعلام الموقعين ،
في بحث النزعة الذاتية ، عندما نادى بضرورة اعتبار الباعث في التصرف ، وإهدار
كل تصرف بني على باعث غير مشروع ، كنفكاح المحلل ، وبيع العينة ، وبيع الغنم
لمن يصنع خمراً وبيع السلاح لمن يحارب المسلمين . وإنك حين تطالع كتاب ابن القيم

(١) : إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٤ — ٥٥ (٢) المرجع السابق ، ص ٨٢ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٨٣ . (٤) المرجع السابق ، ص ٨٤ .

المذكور ، لتلمس ثورته في حرارة حججه المنشورة في كتابه في إبطال هذه التصرفات وهي تعتبر بحق رد فعل على ما ذهبت إليه بعض المذاهب الإسلامية المفرقة في الموضوعية ، إلى احترام التصرف ، بصرف النظر عن باعته ، مشروعاً كان أو غير مشروع^(١).

ويذكر ابن القيم في إعلام الموقعين وجوب الاعتداد بالبائع ، فيقول : « هل الاعتبار بطواهر الألفاظ والعقود ، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها ، أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها ؟ وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده ، وفي حله وحرمة . بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل انتهى ليس بمقد تحليله وتحريمه ، فيصير حلالاً تارة ، وحراماً تارة ، باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة ، وفساداً تارة ، باختلافها » .

ويأتي ابن القيم بأمثلة على اعتبار البواعث في الوقائع المسادية غير التعاقدية ، فيقول : « وهذا كالذبح ، فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل ، ويحرم إذا ذبح لغير الله » .

وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرًا معصية ، ملمعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعصره بنية أن يكون خلا أو دبساً جائزاً ؛ وصورة الفعل واحدة ثم يأتي بأمثلة على اعتبار القصد ، باعتباره إرادة باطنة ، فيقول :

(١) ولعلنا لانستطيع أن نزل ميل ابن القيم إلى النزعة الذاتية في النطاق التعاقدى — والتي كان من ثمراتها إحياء المبادئ الأصلية في الفقه الإسلامى مجردة عما شابها من آثار الصناعة الفقهية — عن نزعته الذاتية العامة التي أحيها بها المبادئ الأصلية في مجال الشريعة العقائدية مجردة عما شابها من بدع وثنية ، تأثر بها المسلمون في البيئات المختلفة ، التي تأقلم الإسلام بها .
لنا نرى أن ثمة صلة عميقة بين محاربة ابن القيم للبدع في المجال العقائدى ومحاربه مثلاً للاتجاهات الشككية في الفقه الشافعى ، التي تذهب إلى تحميم عقد النكاح بلفظ معين .
وإنه ثمة صلة أيضاً بين نظرة ابن القيم لحرية الاختيار في المجال الفلسفى ، وبين مناداته بمبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدى .

ولعل مما يؤيد هذا ، ما ذكره ابن القيم على سبيل التمثيل في كتابه إعلام الموقعين (ج٣، ص ١٠١) « وما مثل من وقف على الطواهر والألفاظ ، ولم يراع المقاصد والمعاني ، إلا كمثل رجل قيل له لا تسلم على صاحب بدعة ، فقبل يده ورجله ، ولم يسلم عليه . »

« . . . وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوى أن تكون لموكله ، فتحرم على المشتري ، وينوى أنها له ، فتحل له ، وصورة الفعل والعقد واحدة ، وإنما اختلفت النية والقصد . . . وكذلك من أدى عن غيره واجباً ينوى به الرجوع ، ملكه ، وإن نوى به التبرع ، لم يرجع » .

وأخيراً يستشهد باعتبار الباعث في الوقائع المادية والإرادة الباطنة في التصرفات السابقة ، لسكى يدل على وجوب اعتبار البواعث في التصرفات ، فيقول :

« . . . وصورة الفعل والعقد واحدة ، وإنما اختلفت النية والقصد . وكذلك صورة القرض ، وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل ، صورتها واحدة ، وهذا قرينة صحيحة وهذا معصية باطلة بالعقد . وكذلك السلاح ، يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلماً ، حرام باطل ، لما فيه على الإعانة على الإثم والعدوان ، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله ، فهو طاعة وقرينة . وكذلك عقد النذر المعلق على شرط ينوى به التقرب والطاعة ، فيلزمه الوفاء بما نذره وينوى به الحلف والامتناع فيكون عيناً مكفرة . . وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يمضيه من ذلك صورة البيع ، وإن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محلاً ، ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح . » ^(١)

(ب) كيف يتصل العاقد الآخر بالباعث غير المشروع ؟

٥٥٨ - رأينا أن المذهب الحنبلي يعقد بالباعث غير المشروع في التصرفات ، ويجعله عاملاً في إبطال العقد . ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الباعث ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار ، كما رأينا ، ذاتي ، وكثيراً ما يكون العاقد الآخر جاهلاً بأمر هذا الباعث ، بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تززع التعامل ، ولم يأمن أي متعاقد أن يرى العقد الذي اطمأن إليه قد انهار بدعوى الباعث غير المشروع يقدمها الطرف الآخر .

من أجل ذلك أجمع الفقهاء المسلمون ، على أن الباعث غير المشروع وحده ،

(١) إلهام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٩٦ - ٩٧ .

لا يكفي - في الحكم القضائي - لإبطال العقد . بل لابد أن يتصل به العاقد الآخر على وجه من الوجوه الثلاث الآتية : (١) فمنهم من تشدد في هذا العلم ، فاشتراط أن يكون الباعث مذكوراً في صلب العقد ، كما ذهب إليه أصحاب النظرية الموضوعية في السبب المصلحي . (٢) ومنهم من تساهل في هذا العلم ، فلم يشترط ذكر الباعث في العقد ، بل اكتفى بعلم الآخر ، كما ذهب إليه أصحاب النظرية الذاتية في السبب المصلحي . (٣) هذا وقد يفترض علم العاقد الآخر بالباعث إذ كانت القرائن تدل على وجوده كما تشير إليه النصوص الآتية :

جاء في المغني : « وبيع العصير ممن يتخذه خيراً باطل . وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خيراً حرام ... لأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد لها للمعصية فأشبهه إجارة أمتة لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها إذا ثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فأما إن كان الأمر محتملاً ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حالة ، أو من يعمل الخل والخمر معاً ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ، فالبيع جائز وهكذا الحكم في محل ما بقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع الطريق ، أو في الفتنة ؛ وبيع الأمة للغناء أو إيجارها كذلك ، أو إجارة دار لبيع الخمر فيها أو لتتخذها كنيسة أو بيت نار وأشياء ذلك ، فهذا حرام والعقد باطل وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك فقال في القصاب والخباز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب السكر ، لا يبيعه ، ومن يختلط الأقداح لا يبيعهما ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء ، وروى عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار ، وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلاً^(١) . »

وجاء في الفروع : « ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كمصير لمتخذه خيراً قطعاً وسلاحاً في فتنة . . . وما كول ومشوم لمن يشرب عليهما السكر ، وأقداح لمن يشرب فيها ، وجوز لقمار ، وأمة وأمرد لو أطيء دبر . . . »

(١) المغني ، ج ٤ ، ص ٢٨٣ — ص ٢٨٥ ، الفروع ، ج ٢ ، ص ١٧١ .

المطلب الثاني

النظرية الذاتية في المذهب المالكي

٥٥٩ - - يعتقد المالكية - شأنهم في ذلك شأن المذهب الحنبلي - بالباعث ولو لم يذكر في صلب العقيد ، ولا يجيزون تبعاً لذلك بيع أرض بقصد بناء كنيسة أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً ^(١) .
جاء في الخطاب : « بيع العنب لمن يمصره خمرأ ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز ^(٢) . »

وهم أيضاً كالحنابلة لا يعتقدون بالباعث إلا إذا كان معلوماً من الطرف الآخر .

المطلب الثالث

النظرية الذاتية في السبب المصلحي ومبدأ سد الذرائع

٥٦٠ - يذهب أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه عن « مالك » إلى أن مبدأ سد الذرائع هو « أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك رضي الله عنه ، وقاربه في ذلك الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه ^(٣) . »

وتسأل الآن - وبعد أن عرفنا في المطلب السابق أن هذين المذهبين يعتبران بحق حملة لواء النزعة الذاتية في الفقه الإسلامي - أهنالك صلة بين انتصار هذين المذهبين لمبدأ سد الذرائع ، واعتدادهما بالسبب المصلحي غير المشروع في التصرف القانوني ؟ قبل أن نجيب عن هذا السؤال ، لا بد لنا من أن نقف قليلاً عند مبدأ سد الذرائع فنستعرض في إيجاز : معنى هذا المبدأ ، وأدلته ، وأنواع الوسائل بالنسبة إلى نتائجها .

(١) شرح الخطاب ، ج ٤ ، ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٦٧ أنظر أيضاً المدونة الكبرى ، ج ١١ ، ص ٦٢ - ٦٩ .

(٣) « مالك » للأستاذ محمد أبي زهرة ، ف ٢٢٤ ، ص ٣٧٤ .

§ ١ - مبدأ سد الذرائع

٥٦١ - (١) : الذريعة منهاها الوسيلة ، ومعنى سد الذرائع رفعها ، ومؤدى الكلام أن وسيلة المحرم محرمة ، ووسيلة الواجب واجبة ، فالفاحشة حرام ، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام ، لأنها تؤدي إلى الفاحشة ؛ والجمه فرص ، فالسمى لها فرض ، وترك البيع لأجل السمي فرض أيضاً .

وبيان ذلك أن موارد الأحكام قسمان : مقاصد ، وهى الأمور المكونة للمصالح والمفاسد فى نفسها . أى التى هى فى ذاتها مصالح أو مفاسد . ووسائل ، وهى الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحریم أو تحليل ، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد فى حكمها ، ويقول القرافي :

« الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل . وإلى ما هو متوسط متوسطة ^(١) » .

وجاء فى كتاب إعلام الموقعين فى تصوير هذا المبدأ :

« لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضى إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصى فى كراهتها والمنع بها ، بحسب إفضائها إلى غايتها ، وارتباطاتها ، ووسائل الطاعات والقربات فى محبتها والإذن بها ، بحسب إفضائها إلى غايتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود لكنهما مقصود قصد الغايات ، وهى مقصودة قصد الوسائل ، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً ، وله طرق ، ووسائل تفضى إليه ، فانه يحرمها ، ويمنع منها تحقيقاً لتحريره وتثبيته له ، ومنعاً أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية لكان ذلك نقضاً للتحریم ، وإغراءً للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه بأبى ذلك كل الإباء ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك . فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته ، أو أهل بيته من شىء ، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة ، لعد متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده .

(١) الفروق للقرافي ، ج ٢ ، ص ٣٢ .

وكذلك الأطباء ، إذا أرادوا حسم الداء منموا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه ، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه .

فما الظن بهذه الشريعة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرّمها ونهى عنها ^(١) »

٥٦٢ - (ب) أما دليل هذا المبدأ فقد ثبت في القرآن والسنة :

قال تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، فیسبوا الله عدواً بغير علم . » فخرم الله تعالى سب آلهة المشركين ، مع كون السب غيظاً ، وحمية لله ، وإهانة لآلهتهم ، لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى . وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم ، وهذا كالتنبيه ، بل كالتصريح على المنع من الجأز ، لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز .

أما السنة : فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يكف عن قتل المنافقين ، مع كونه مصلحة ، لئلا يكون ذريعة إلى تنفير الناس عنه . وقولهم أن محمداً يقتل أصحابه . فإن هذا القول يوجب النفور عن الإسلام ممن دخل فيه ، ومن لم يدخل فيه ، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

٥٦٣ - (ح) تقسيم الوسائل بالنسبة إلى نتائجها : نستعرض فيما يلي تقسيمين أحدهما للفقهاء الحنبلي ابن القيم والثاني للفقهاء المالكي الشاطبي .

٥٦٤ - تقسيم ابن القيم : يقسم ابن القيم ، الوسائل بالنسبة لنتائجها إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : وسيلة موضوعة للأفضاء إلى المفسدة ، كشراب السكر المفضي إلى مفسدة السكر ، وكالتدفع المفضي إلى مفسدة القرية ، والزنا إلى اختلاط المياه وفساد الغرس ، ونحو ذلك ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها .

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١١٩ وماب .

القسم الثانى : وسيلة موضوعة للعباح ، قصد بها التوصل إلى المفسدة . وهى أمور موضوعة للافضاء إلى أمر جائز ، أو مستحب ، فتمتخذ وسيلة إلى المحرم كمن يعقد النكاح قاصداً به التحايل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا .

القسم الثالث : وسيلة موضوعة للعباح ، لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها . وذلك كمن يسب أرباب المشركين بين أظهرهم ، وتزين المتوفى عنها فى زمن عدتها .

القسم الرابع : وسيلة موضوعة للعباح ، وقد تفضى إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها . ومثاله ، النظر إلى الخطوبة ، والمستامة ، والمشهود عليها . . . وكلمة الحق عند ذى سلطان جائز ، ونحو ذلك .

ويرى ابن القيم أن القسمين الأول والرابع ليسا محللاً للنزاع ، ذلك لأن الشارع قد جاء بمنع القسم الأول كراهة أو تحريماً ، بحسب درجاته فى المفسدة . وجاء بإباحة القسم الرابع أو استحبابه أو إيجابه ، بحسب درجاته فى المصلحة .

أما القسمان الثانى والثالث ، فهما مجال الخلاف وعلى ذلك فهما محل تطبيق سد الذرائع فيها — مع ملاحظة أن الثانى منهما لا يتحقق فيه المعيار الذاتى — ويأتى بعدها .. ٩٩ دليلاً على اعتبار سد الذرائع فيها .

ويرى أستاذنا أبو زهرة على أن هذه الأقسام سليمة من حيث الفرض العقلى ، غير أن القسم الأول لا يمد من باب الذرائع ، بل يمد من المقاصد ، لأن الخمر والزنى والقذف ، كالربا ، وأكل مال الناس بالباطل ، والغصب والسرقة ، مفاصد فى ذاتها ، وليست ذرائع ولا وسائل لمفاصد أخرى أكثر منها .

إنما الكلام فى الذرائع هو فى الوسائل التى تؤدى إلى المفاصد ، فتدفع ، ويسمى ذلك سد الذرائع ، أو تؤدى إلى جلب المصالح فتطلب ، أو على حد تعبير القرافي فتح الذرائع أى : رد الوسائل لافضائها إلى المفسد يسمى « سد الذرائع » .

وطلب الوسائل لافضائها إلى المصلحة يسمى « فتح الذرائع » .

ثم يقول : « وإذا كان القسم الأول لا يمد من سد الذرائع . لأنه فى ذاته مفسدة ، فالأقسام الثلاثة الأخرى هى التى تدخل فى هذا التقسيم » .

٥٦٥ - تقسيم الشاطبي : قسم الشاطبي الوسائل إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً ، كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه بلباد ، وشبه ذلك .

القسم الثاني : ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً ، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه ، وبيع الأغذية التي غالبها لا يضر أحداً .

والقسم الثالث : أن يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، بحيث يغلب على الظن الراجح أن يؤدي إليها كبيع السلاح في وقت الفتن ، وبيع العنب للخمار ، ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن ، لا على سبيل القطع ، أداؤه إلى المفسدة .

والقسم الرابع : أن يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، ولكن كثرت لم تبلغ أن تحمل العقل على ظن المفسدة فيه دائماً ، كمسائل البيوع الربوية ^(١) .

ونبادر إلى استبعاد القسمين الأول والثاني من البحث لأنهما ليسا محللاً للخلاف ، كما استبعدنا القسمين الأول والرابع ، من تقسيم ابن القيم . ونلتفت إلى القسمين الآخرين ، فهما محل تطبيق سد الذرائع على أن المعيار السائد في القسم الأول منهما إذا كان ذاتياً يستند إلى قصد الفاعل فهو في القسم الأخير موضوعي لا يحفل بقصده ونقف هنا قليلاً عند هذا القسم لنرى كيف يعمل الشاطبي بأسلوبه البالغ الواضح خروج مالك فيه عن الأصل ، الذي يقضى بالحل . وهو يقرر أنه رغم أن كلام الشافعي ومالك لم يمتد بالقصد ، فقد وصلا إلى نتائج متباينة ؛ ذلك أن الشافعي قد انتهى به عدم اعتداده بالقصد إلى إبقاء التصرف على أصل الإذن من الإباحة ، فسمح ببيع العينة أما مالك فقد انتهى به عدم اعتداده بالقصد ، إلى خروج التصرف على أصل الإذن ، ولكن لا على أساس أن صاحب التصرف قد قصد به المفسدة ، بل على أساس كثرة وقوع القصد إلى المفسدة ، وهو كما ترى معيار موضوعي لا ذاتي . ولنستمع الآن إلى الشاطبي ، يشرح في أسلوبه القوى الجلي وجهة نظر الطرفين :

(١) كتاب مالك ، للأستاذ محمد أبي زهرة ، ف ٢٢٨ ، ص ٣٧٩ ، وانظر الموافقات للشاطبي ، ج ٢ ، ص ٣٤٨ وماب .

يقول : « وأما ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، لا غالباً ولا نادراً ، فهو موضع نظر والتباس . والأصل الحمل على الأصل من صحة الإذن ، كذهب الشافعي وغيره ، ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفیان ، إذ ليس هذا إلا احتمال مجرد ، بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه ، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة .

وأيضاً فإنه لا يصح أن يمد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً ، كما في العلم والظن ؛ لأنه ليس حمل على القصد إليهما [إلى المفسدة والإضرار] أولى من حمل على عدم القصد لواحد منهما . وإذا كان كذلك ، فالتسبب المأذون فيه قوى جداً إلا أن مالسكاً اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً . وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه ؛ لأنه من الأمور الباطنة . لكن له مجالاً هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف ، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد . ولهذا أصل ، وهو حديث أم ولد زيد بن أرقم ، وأيضاً فقد يشرع الحكم لعله مع كون فواتها كثيراً ، كحد الخمر ، فإنه مشروع للزجر ، والازدجار به كثير لا غالب ، فاعتدنا الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل . ^(١) »

§ ٢ — التلازم بين الاعتداد بالسبب المصلحي وسد الذرائع

٥٦٦ — والآن ، وبعد أن عرفنا معنى سد الذرائع ، وأدلته ، وأنواع الوسائل بالنسبة إلى نتائجها ننقل إلى الإجابة عن السؤال الذي كنا طرحناه في مستهل هذا البحث : أهناك صلة بين قول مذهبي مالك وابن حنبل بسد الذرائع واعتدادهما بالبائع على التعاقد ؟ وما هو مدى هذه الصلة ؟

يذهب العلامة ابن القيم إلى أن صلة وتلازماً بين هاتين الظاهرتين ، فهو يؤكد في كتابه إعلام الموقعين الحقيقتين الآتيتين :

(١) إن من يقول من الفقهاء بسد الذرائع في أصوله يعمل البائع على التعاقد .

(١) الموافقات للشاطبي ، ج ٢ ، ص ٣١٦ .

(٢) وإن من لا يقول منهم بسد الذرائع في أصوله يهمل الباعث على التعاقد .

جاء في إعلام الموقعين في صدد الحجج التي أدلى بها ابن القيم - لتأييد نزعته الذاتية ، وتبرجح النزعة الموضوعية المتطرفة التي يذهب إليها الشافعي في إهماله للقصود وعدم اعتداده بالشرط المتقدم على العقد - مايلي :

« ونوله لا تفسد العقود ، بأن يقال هذه ذريعة ، وهذه نية سوء إلى آخره ، فإشارة منه إلى قاعدتين :

إحداها : أن لا اعتبار بالذرائع ، ولا يراعى سدها .

والثانية : أن القصود غير معتبرة في العقود ، والقاعدة المتقدمة أن الشرط المتقدم لا يؤثر ، وإنما التأثير للشرط الواقع في صلب العقد .

وهذه القواعد متلازمة .

- ١) فمن سد الذرائع ، اعتبر المقاصد ، وقال يؤثر الشرط متقدما ومقارنا .
- ٢) ومن لم يسد الذرائع ، لم يعتبر المقاصد ، ولا الشروط المتقدمة ولا يمكن إبطال واحدة منها الا بإبطال جميعها (١)

وقد أكد ابن القيم هذه العلاقة في الوجوه ١١ ٩٩ التي أدلى بها للتدليل على مبدأ سد الذرائع ، وبصورة خاصة في الوجهين ٩٦ و ٩٧ . جاء في هذين الوجهين :

« لو نصب قبل الإحرام شبكة ، فوقع فيها صيد ، وهو محرم ، جاز له أخذه بعد الحل ، وهذا جار على قواعد من لم يعتبر المقاصد ولم يسد الذرائع » .

« قال الإمام أحمد : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح في الفتنة ولا ريب أن هذا سد لذريعة الإعانة على المعصية ، ويلزم من لم يسد الذرائع ، أن يجوز هذا البيع كما صرحوا به ، ومن المعلوم أن هذا البيع يتضمن الإعانة على الإثم والمدوان وفي معنى هذا ، كل بيع أو إجارة أو معاوضة تعين على معصية الله كبيع السلاح للكفار ، والبناء ، وقطاع الطريق ، وبيع الرقيق لمن يفسق به ، أو يؤجره لذلك ، أو إجارة داره ، أو حانوته ، أو خانه ، لمن يقيم فيها سوق

(١) راجع إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٣٩ .

المصيبة ، وبيع الشمع أو إجارته لمن يعصى الله عليه ، ونحو ذلك مما هو إعانة على ما يبغضه الله ويسخطه .

ومن هذا عصر العنب لمن يتخذ خمرآ ، وقد لعنه صلى الله عليه وسلم هو والمعتصر ممآ ويلزم من لم يسند الذرائع أن لا يلحق العاصر ، وأن يجوز له أن يعصر العنب لكل أحد ، ويقول القصد غير معتبر في العقد ، والذرائع غير معتبرة ، ونحن مطالبون في الظواهر ، والله يتولى السرار ، وقد صرحوا بهذا ، ولا ريب في التناهي بين هذا وبين سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) . « ^(٢)

§ ٣ - مدى هذا التلازم

٥٦٧ - هذا وإذا ثبت لدينا قيلم الصلة بين انتصار مذهبي مالك وابن حنبل لمبدأ سد الذرائع واعتدادهما بالبائع في التصرفات فما هو مدى هذه الصلة بين هذين المبدأين هل هما يهدفان إلى غاية واحدة ؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل سلكا في سبيل الوصول إليها نهجاً موحداً .

٥٦٨ - ليس ثمة شك في أن هذين المبدأين يهدفان إلى غاية واحدة ، هي التوسيع من نطاق عدم المشروعية ، والحرص على المزيد من حماية المجتمع عن طريق إبطال مظان فسادة وهي غاية زهد بها نفاة مبدأ سد الذرائع الذين أهملوا الاعتداد بالبائع .

٥٦٩ - على أن هذين المبدأين قد سلكا في سبيل الوصول إلى غايتيهما المشتركة طريقين متباينين فبينما يستند مبدأ سد الذرائع في الأصل إلى معيار موضوعي يعتد بالنتيجة يستند مبدأ الاعتداد بالبائع إلى معيار ذاتي يحفل بالبائع . ونرى أن المبدأ الثاني مشتق من المبدأ الأول ، ففي كليهما تقاس الوسيلة من زاوية النتيجة ، على أن هذا القياس إذا كان مادياً مباشراً في المبدأ الأول فهو في المبدأ الثاني نفسى وغير مباشر

(١) ويبدو أن الاستاذ محمد فهمى أبى سنة يؤيد ماذهب إليه ابن القيم ، فقد جاء في كتاب العرف والعادة في رأى الفقهاء ص ١٣٥ : « ورأى المحققين من فقهاء الشريعة الذين فطنوا إلى حكمتهما وبنائها على مصالح الخلق كابن القيم ، بطلان هذا النوع من العقود [بيع العينة] نظراً إلى الأغراض والقصود وسدأاً للزريعة » .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١١٩ .

يسول فيه على الباعث النفسى الذى حدا بصاحب الوسيلة إلى الإقدام على انشائها وزرى أن النزوع الذاتى فى ظل المبدأ الثانى هو مظهر متطور من مظاهر المبدأ الأول ولعل هذا التطور قد باغ غايته عندما اشترط أنصار الاعتداد بالباعث علم الماقد الآخر بالباعث غير المشروع كشريطة لإبطال التصرف الذى تلوث به^(١) . وظاهر أن هذا الاشتراط يدعو إلى التوفيق بين احترام مقاصد الشريعة فى دفع المفسد . وجلب المصالح من جهة ، وتأمين استقرار التعامل من جهة أخرى . وهذا التوفيق مفقود أصلاً فى ظل مبدأ سد الذرائع الذى يستند إلى معيار مادية بحث ويعنى بالنتيجة فقط هذا وقد أبان أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة فى بحثه القيم عن سد الذرائع فى كتاب مالك عن هذا المعيار الموضوعى إذ يقول :

«والأصل فى اعتبار سد الذرائع هو النظر فى مآلات الأفعال ، وما تنتهى فى مجلتها إليه ، فإن كانت تتجه نحو المصالح التى هى المقاصد والغايات من معاملات بنى الإنسان بعضهم على بعض ، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد وإن كانت لا تساويها فى الطلب ؛ وإن كانت مآلاتها تتجه نحو المفسد ، فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المفسد ، وإن كان مقدار التحريم أقل فى الوسيلة .

والنظر فى هذه المآلات لا يكون إلى مقصد المامل ونيته ، بل إلى نتيجة العمل وثمرته وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب فى الآخرة ، وبحسب النتيجة والثمر يحسن الفعل فى الدنيا ، أو يقبح ، ويطلب أو يمنع ؛ لأن الدنيا قامت على مصالح العباد ، وعلى القسطاس والعدل ، وقد يستوجبان النظر إلى النتيجة والثمر دون النية المحتسبة والقصد الحسن^(٢) .

ويقول أيضاً : « إن أصل سد الذرائع لا تعتبر النية فيه على أنها الأمر الجوهري فى الإذن أو المنع ، إنما النظر فيه إلى النتائج والثمرات ، فإن كانت نتيجة العمل مصالحة تامة ، كان واجباً بوجوبها ، وإن كان يؤدي إلى فساد ، فهو ممنوع بمنعه

(١) راجع ما سبق ، ف ٥٥٨ ، ص ٥٣٥ .

(٢) « مالك » للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص ٣٧٥ .

لأن الفساد ممنوع فما يؤدي إليه ممنوع أيضاً ، والمصلحة مطلوبة ، فما يؤدي إليها مطلوب . والنظر في هذا الأصل ينتهي بنا أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق ، وهو جلب المصالح ، ودفع المفساد ما أمكن الدفع ، والجلب ، فإنه لما كان مقصود الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكيم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير ، ودفع الفساد ومنع الأذى حيثما كان ؛ فكل ما يؤدي إلى ذلك من الذرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي ، وهو الطلب للمصلحة ، والمنع للفساد والأذى ، وأن المقصود بالمصلحة النفع العام ؛ وبالفساد ، ما ينزل من الأذى بمدد كبير من الناس ، ولذلك إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلى ضرر عام أو يمنع مصلحة عامة ، كان منع الاستمساك سداً للذريعة ، وإيثاراً للمنفعة العامة على الخاصة . »

ويأتى أستاذنا أبو زهرة للتدليل على أن معيار سد الذرائع موضوعي بمثال لم يمنع كون القصد فيه حسناً من اعتبار وسيلته سيئة ، لأن مآلها سيء .
والشرع إذ يعتمد بمآل التصرف في هذا المثال فيفسده ، لأن وسيلته أفضت إلى ضرر ، فمعنى ذلك أن العبرة بالنتيجة في الحكم على الوسيلة المفضية إليها ولا عبرة لما وراء هذه الوسيلة من قصد سيء أو قصد حسن .

« فن سب الأوثان مخلصاً للعبادة لله سبحانه وتعالى ، فقد احتسب نيته عند الله في زعمه ، ولكنه سبحانه وتعالى نهى عن السب إن أثار ذلك حنق المشركين ، فسبوا الله تعالى ، فقد قال تعالت كلماته « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، فیسبوا الله عدواً بغير علم » فهذا النهى الكريم كان الأمر الملاحظ فيه هو النتيجة الواقعة ، لا النية الدينية المحتسبة . »

« ونرى من هذا أن المنع فيما يؤدي إلى الإثم أو إلى الفساد ، لا يتجه فيه إلى النية المخلصة فقط ، بل إلى النتيجة المثمرة أيضاً ، فيمنع لتيجته ، وإن كان الله قد علم النية المخلصة . »

ويأتى أستاذنا أيضاً بمثال آخر ، وعلى العكس من المثال الأول ، لم يمنع كون القصد فيه سيئاً ، من اعتبار وسيلته صحيحة لأن مآلها حسن . والشرع هنا إذ يعتمد (٣٥ — التعبير عن الإرادة)

بآل التصرف فيصحيحه ، لأن وسيلته أفضت إلى نفع ، فعنى ذلك ، أن العبرة للنتيجة في الحكم على الوسيلة المفضية إليها ، ولا عبرة لما وراءها من قصد خيئ أو طيب .

« وقد يقصد الشخص الشر بفعل المباح ، فيكون آثماً فيما بينه وبين الله ، ولكن ليس لأحد عليه من سبيل ولا يحكم على تصرفه بالبطلان الشرعى ، كمن يرخص في سلمته ليضر بذلك تاجراً ينافسه ، فإن هذا بلا شك عمل مباح وهو ذريعة إلى إثم ، هو الإضرار بغيره ، وقد قصده ، ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذى ينفذه القضاء ، فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر ، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام الناجم عن تنزيل الأسعار فبدأ سد الذرائع لا ينظر فقط النيات والمقاصد الشخصية ، كما رأيت ، بل يقصد مع ذلك إلى النفع العام ، أو إلى دفع الفساد العام ، فهو ينظر إلى النتيجة مع القصد ، أو إلى النتيجة وحدها ^(١) . »

والخلاصة : إن الفقهاء المسلمين لم يقفوا من الاعتداد بعدم مشروعية الباعث موقفاً موحداً ، بل منهم — وهم الأحناف والشافعية — من مال إلى التضيق في هذا الاعتداد ، والترم جانب القصد ، فلم يقض ببطلان العقد الملوئ بعدم المشروعية إلا إذا جاء في متن التعبير ؛ ومنهم — وهم الحنابلة والمالكية — من مال إلى التوسيع في هذا الاعتداد ، فقد يبصره إلى ما توارى خلف العقد من بواعث ، وقضى ببطلان العقد إذا كانت الدوافع إليه خبيثة غير مشروعة ، غير أنه بخلو صيغة التعبير منها ، مادام العاقد الآخر عالماً بها .

ولقد قدمت لنا دراستنا الأخير لمبدأ سد الذرائع دليلاً جديداً على نزوع الفريق الأول — غير الآخذ بهذا المبدأ — إلى التضيق من دائرة بطلان التصرفات لعدم المشروعية ، ونزوع الفريق الثانى — الآخذ بهذا المبدأ — إلى التوسيع من هذه الدائرة . وتنضم النتائج التى وصلنا إليها هنا إلى ما انتهينا إليه في الباب السابق لتقرر وجود تيارين في الفقه الإسلامى تيار موضوعى يشق طريقه في التنظيم الوضعى للمذهبين الحنفى والشافعى ، وتيار ذاتى يشق طريقه في التنظيم الوضعى للمذهبين الحنبلى والمالكي .

(١) « مالك » للأستاذ محمد أبى زهرة ، ف ٢٢٥ ، ص ٣٧٦ .

القسم الثاني

دور التعبير عن الإرادة

في

تحديد آثار التصرف القانوني

في

الفقه الإسلامي

تمهيد

آثار العقد

٥٧٠ — التمييز بين حكم العقد وموقوفه : متى قام العقد صحيحاً ترتبت عليه جميع آثاره^(١). وهنا يتعين علينا أن نميز بين الأثر الأصلي ، ويدعى « حكم العقد » ، والآثار الفرعية ، وتدعى « حقوق العقد » وهو تمييز جوهري خاص بالفقه الإسلامي .

أما حكم العقد ، فهو الأثر الأصلي للعقد والفرض الأساسي منه ، وهو ينقذ من العقد فور انعقاده . كنقل ملكية المبيع إلى البائع ، ونقل ملكية الثمن إلى المشتري في عقد البيع ونقل ملكية المنفعة إلى المستأجر ، ونقل ملكية الأجرة إلى المؤجر في عقد الإيجار ، وحل استمتاع الرجل بالمرأة في عقد النكاح ، وتفويض التصرف في الوكالة .

أما حقوق العقد ، فهي آثاره الفرعية وأغراضه القانونية ، ويقصد بها المطالبات والالتزامات التي تنشأ من العقد لتثبت حكمه وتأكيده وتقويته^(٢) .

ومن ثم تكون حقوق البيع التي ينشئها البيع لمصلحة البائع هي المطالبة بالثمن وحبس المبيع إلى أن يستوفيه ، وحقوق البيع التي ينشئها البيع لمصلحة المشتري هي المطالبة بقبض المبيع والمطالبة بضمان الهلاك والاستحقاق والميب وما إلى ذلك .

ويلاحظ أن حقوق البيع العائدة إلى البائع يقابلها في الوقت نفسه التزامات مفروضة على المشتري ، والعكس بالعكس . وهذه الالتزامات إما أن تكون أصلية أو مكتسبة ، فالالتزامات الأصلية هي تلك التي تكون من مقتضيات العقد ، كالإلزام

(١) مع ملاحظة استثناء العقود التي تحتاج إلى القبض في تمامها كعقد الهبة فانها لا تستتبع جميع آثارها إلا بعد القبض ، راجع ما سبق ، ف ١١٠ ، ص ١٠٠ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الحقيف ، ص ٣٤٦ — ٣٤٧ ؛ وانظر أيضاً رد المختار ، ج ٤ ، ص ٦ ؛ والبدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٣ و ص ٢٤٣ ؛ وراجع مقالة « العقود والشروط والخيارات » للأستاذ أحمد إبراهيم مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة ، ص ٧٠٦ .

راجع ما سبق ف ٦٦ و ف ٥٣٨ — ٥٤٠ .

البائع بتسليم المبيع ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، والتزام المودع لديه برد الوديعة .
أما الالتزامات المكتسبة فهي التي تكون زيادة على تلك المقتضيات أو تعديلاً لها ،
وهي كاللزام المشتري بإيصال المبيع إلى دار المشتري ، والتزام البائع بضمان صلاحية
المبيع مدة معينة .

٥٧١ — نعمة التمييز بين حكم العقد وحقوقه :

(١) إن حكم العقد ينقذ من العقد فور انعقاده ، وهو لا يفتقر إلى عمل من الماقد
لتنفيذه ، لأن الشارع هو الذي يتولى هذه المهمة . أما حقوق العقد فتفتقر إلى تدخل الماقد
لوضعها موضع التنفيذ ؛ لأن حق العقد فيما نرى هو صيرورة الماقد دائماً أو مديناً
والمديونية إما أن يكون محلها عمل أو امتناع عن عمل وكلاهما يحتاج إلى تنفيذ .

وعلى ذلك فإن حكم العقد هو ما يفهم السامع وقوعه من وقوع العقد ؛ لأنه في
الحقيقة هو موضوع العقد الذي يتحقق بمجرد التعاقد^(١) فإذا قيل إن فلاناً باع داره
من زيد مثلاً يفهم أنه نقل ملكيتها إلى زيد بعوض . أما حقوق العقد فلا يفهم السامع
وقوعها من وقوع العقد لأنها تتضمن معنى الإيقاع . وعلى ذلك إذا قيل أجر فلان داره من
زيد ، فلا يفهم من ذلك وقوع تسليم المأجور ؛ لأن هذا التسليم التزام يفتقر إلى تنفيذ .

(٢) إن الحكم الأصلي للعقد ما يكشف عن الغاية النوعية لهذا العقد ، التي يتميز
بها عن غيره من حيث موضوعه^(٢) . أما حقوق العقد فلا تحمل السمة المميزة للعقد
الذي تأكده ، بل هي قد تصلح لتأكيد عقود أخرى . فحق المستأجر في تسليم المأجور
يمثله حق المشتري في قبض المبيع . ولذلك نستطيع أن نقول إن الحكم الأصلي للعقد
هو موضوعه المميز له .

٥٧٢ — نعمة التمييز بين حقوق العقد الأصلية وحقوقه المكتسبة :

تثبت حقوق العقد الأصلية تبعاً للحكم الأصلي بدون اشتراط ، ويتولى الشرع تحديدها .
أما الثانية فلا تثبت في العقد إلا باشتراط الماقد ، ويقتصر دور الشرع في هذه الحقوق

(١) راجع ما سبق ، ف ٥٣١ ، ص ٥٠٢ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٥٢٩ ، ص ٥٠٠ .

على تبنيها وتأييد صاحبها في المطالبة بها وهذا النوع من الحقوق محل لخلاف الفقهاء تبعاً لاختلافهم في حرية الشروط العقدية .

٥٧٣ — بعد أن عرفنا ماهي آثار العقد ، ننتقل إلى بيان وسائل تحديدها ولزومها فنستعرض على التعاقب كلا من المواضيع الآتية :

(١) التفسير (٢) شرعية آثار التصرف القانوني (٣) القوة الملزمة للعقد .

الفصل الأول

التفسير

المبحث الأول

التفسير في القانون المدني السوري

٥٧٤ — نحرر : قبل أن نشرع في بيان منهج القانون المدني السوري في التفسير يتعين علينا أن نشير إلى معني التفسير ، ثم نتكلم في الفرق بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتكليفه ، وأخيراً نستعرض مشكلة التفسير في النظرية التقليدية ونظرية التعبير .

٥٧٥ — معني التفسير : للتفسير معنيان : تفسير بالمعنى الضيق ، وتفسير بالمعنى الواسع . ويميز الأول بين مسألتين متنازعتين : مسألة صحة التصرف ، ومسألة تحديد مضمونه . وتهدف المسألة الأولى إلى البحث عن توافر شرائط الانعقاد وشرائط الصحة أما مسألة تحديد المضمون — وهي المقصودة بالتفسير — فهي تقوم إثر التحقق من صحة التصرف^(١) وتهدف إلى جلاء ما شاب التصرف من غموض ، ذلك لأن التلازم قد ينفك بين صحة التصرف ووضوحه ، فقد يقوم التصرف الصحيح على تعبير غامض أو غير واضح ، وذلك بسبب رعونة صاحب التعبير ، أو عدم احتياظه ، أو عدم دقته ، أو حتى بسبب قصور اللغة عن التعبير .

أما التفسير بالمعنى الواسع فهو يشمل المسألتين آنفتي الذكر . فطبقاً للدكتور

(١) فلاة ، ف ١١٤ ، ص ٣١٠ ، أبو عافية ، ف ٨٣ .

الشيقي » نعرض نظرية التفسير ليس فقط من أجل تحديد مضمون العقد قبيل تنفيذه ولكن أيضاً من أجل تقرير وجوده^(١) . »

٥٧٦ — تفسير العقد وتحرير نطاقه وتكميجه : يهدف تفسير التصرف إلى استخلاص

إرادة صاحب التعبير في التعبير المنفرد والإرادة المشتركة في العقد . أما تحديد نطاقه فهو عملية لاحقة للتفسير ، ومتممة له ، يضيف فيها القاضى إلى النية المشتركة ما لم تتناوله في الواقع ولكن يعتبر من مستلزماتها ، وذلك بالاستناد إلى القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام . ويعتبر تحديد نطاق العقد بوصفه تحديداً لآثار العقد القانونية مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . أما التكييف فهو لا يبدأ إلا بعد الانتهاء من التفسير ، وهو يفترض علاوة على صحة التصرف مضموناً خالياً من الغموض أى إرادة واضحة .^(٢)

٥٧٧ — النظرية التقليدية في التفسير : عرفنا سابقاً أن النظرية التقليدية تقوم على

اعتبار الإرادة الباطنة جوهرراً للتصرف القانونى . ونشير هنا إلى أن ثمة هذا الاعتبار تتبدى في نطاق التفسير في أعمال جميع الظروف الخارجية المصاحبة للتصرف توصلاً إلى الإرادة الحقيقية لصاحبه إذا كان صادراً من جانبين ، أو لصاحبه إذا كان صادراً من جانب واحد ، ذلك لأن النظرية التقليدية تبحث عن الإرادة الباطنة حيث يمكن أن توجد ، وهى ترخص للقاضى تبعاً لذلك ، باستمداها من جميع الظروف التى أحاطت بالتصرف ، لكي يتاح له ضم أجزاء التفسير المتناثرة ، واستخلاص إرادة واحدة تعزى إلى التعبير في مجموعه . ويدخل في هذه الظروف المنفعة الاجتماعية والعدالة والثقة الواجبة في المعاملات وتعتبر هذه الوسائل الأخيرة مسائل واقعية تخضع لسلطان قاضى الموضوع لأنها مجرد وسائل الانفصاح عن الواقعة النفسية التى يحتويها التصرف القانونى^(٣) وهى لا تمدوا أن تكون جزءاً من التعبير القانونى الذى يفصح عن الإرادة الملزمة . ويلاحظ أن الظروف الخارجية السابقة يجب أن تكون كالتعبير الرئيسى قد توافق عليها الطرفان معاً ، وهذا ما ينطبق على العرف الذى يدعى به واحد

(١) تكوين العقد وتفسيره في القانون المدنى المصرى الجديد للدكتور أحمد زكى الشيقى ، ف ٣٩ .

(٢) المرجع السابق ، ف ٣٧ ، ٤٤ ، ٤٨ .

(٣) قلادة ، ف ١٢٠ ، ص ٣٣٣ .

من الطرفين إذ يجب أن يثبت أنه كان معلوماً من الطرف الآخر وأن الاثنين قد ارتضياه^(١)

٥٧٨ — النظرية المادية في التفسير : بينما تمتد وسائل القاضى لتحديد مضمون التصرف إلى مجال الظروف الخارجية للتصرف في ظل النظرية التقليدية ، تنكش هذه الوسائل في ظل النظرية المادية في حدود التعبير الرئيسى نفسه ، ذلك لأن التعبير في هذه النظرية هو جوهر التصرف ، فعليه وحده يجب أن تتركز أنظار القاضى . وهو ليس لازماً فحسب — وهذا ما تقره النظرية التقليدية — بل هو كاف أيضاً ؛ ذلك لأن التعبير في منطق هذه النظرية هو قرينة قاطعة على وجود الإرادة لا يقبل إثبات العكس . وهو بالإضافة إلى ذلك قانون خاص يسهم في تنظيم المصلحة العامة التى تسمى إليها القوانين العامة . وعلى ذلك يترتب على القاضى — تحقيقاً لهذه المصلحة — أن يعمل على المنفعة الاجتماعية والعدالة والثقة الواجبة فى المعاملات إبان استخلاصه للإرادة الباطنة : ويلاحظ أن هذه المعايير المادية تعتبر مسائل قانونية لامسائل واقعية كما فى النظرية التقليدية^(٢) .

٥٧٩ — التفسير فى القانون المرنى السورى : وتتساءل بعد ما تقدم إلى أى من هاتين النظريتين انحاز المشرع السورى ؟

تنص المادة ١٥١ من القانون المدنى السورى على أنه « ١ — إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .
٢ — أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للمرف الجارى فى المعاملات » .

وجاء فى المادة ١٥٢ « يفسر الشك فى مصلحة الدين ، ومع ذلك لا يجوز أن

(١) المرجع السابق ، ف ١٢٥ ، ص ٣٥١ .

(٢) المرجع السابق ، ف ١٢٠ ، ص ٣٣٣ .

يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى .
ويستفاد من المادتين آنفتي الذكر أن عبارات العقد — من حيث حاجتها إلى
التفسير — لا تخرج عن حالتين ، فهي إما أن تكون واضحة ، وإما أن تكون
غير واضحة .

وفي الحالة الأولى إما أن يتلازم وضوح العبارة مع وضوح الإرادة ، فعندها يؤخذ
بالإرادة الظاهرة ، وهي ليست سوى الإرادة الباطنة التي جاء التعبير صورة مطابقة لها .
وإما أن ينفك وضوح الإرادة عن وضوح العبارة ، إما لتعارض العبارة مع الظروف
الخارجية ، أو لسبب آخر ، وعندها يتمين على القاضي أن يطرح الإرادة الظاهرة التي
لم تشف عن الإرادة الحقيقية ، والتي ثبت عدم مطابقتها لها ، وأن يأخذ بهذه الأخيرة
بعد أن يبين الأسباب التي دعت به إلى العدول .

وفي الحالة الثانية ، أي حالة عدم وضوح الإرادة ، إما أن يستطاع الوصول إلى
قصد الطرفين من غير شك . فعندها يسمى القاضي إلى الوصول إلى الإرادة عن طريق
معايير مادية أشار إليها المشرع على سبيل المثال هي « ما ينبغي أن يتوافر من أمانة
وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » ويعتبر استخلاص القاضي
النية الحقيقية المشتركة لـ «لـمـتـعـاقـديـن من عبارات العقد الغامضة مسألة موضوعية لا يخضع
فيها لرقابة محكمة النقض .

وإما أن يكتنف الشك طريق الوصول إلى هذا القصد وعندها خول المشرع
القاضي تفسير الشك في صالح المدين في عقود الاستيلاء وفي صالح المدعى في عقود الإذعان .
ومما تقدم يبين أن المشرع السوري قد نهج في التفسير مسلكاً ذاتياً ، ذلك لأنه لم
يحرم التفسير إلا إذا كانت عبارة العقد في مجموعها — أي إرادة المتعاقدين — واضحة
وهذا هو بالذات نظام الإرادة ، إذ يستخلص المضمون من التعبير الرئيسي ومجموع الظروف
الخارجية (١) .

(١) فلاة ، ف ١٢٢ ، ص ٣٤٠ . ويقول الدكتور وليم فلاة في هذا المعنى : « إننا في هذا
الصدد نلتزم التنظيم الوضعي نفسه ، محددين سلطة قاضي الموضوع ورقابة محكمة النقض طبقاً لأحكام
هذا التنظيم ذاته ، ونربطها دون تردد ، ربطاً تاماً بنظام الإرادة ، مستنديين في ذلك على مآل الظروف
الخارجية من أثر في تحديد مضمون العقد فهذا معيار الأخذ بالإرادة الباطنة ودليلها الوضعي الأكيد
المرجع السابق ، ص ٣٤٢) . »

المبحث الثاني

التفسير في الفقه الإسلامي

٥٨٠ - قدمنا أن الفقه الإسلامي موضوعي النزعة . ولمسنا إبان دراستنا لنظرية الخلاف بين التعبير والإرادة المسكنة التي تحظى بها الإرادة الظاهرة . ونغضى هنا في دراسة نهج الفقه الإسلامي في تفسير التصرف القانوني ، وسنرى أن هذا النهج موضوعي النزعة ، يأخذ اللفظ على معناه الواضح ، ولا ينحرف عنه بحجة تفسير نية المتماقدين . وهو في هذا يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة . فإذا اقتضى الأمر تفسير نية المتماقدين وجب الرجوع إلى التعبير الرئيسي في التصرف ؛ والأصل فيه الحقيقة ، ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تمذرت الحقيقة^(١) . وكذلك إذا تمارضت الدلالة مع التصريح ، اعتبر التصريح ولا عبرة بالدلالة^(٢) . وإذا خفي الأمر حكم بالظاهر فهو دليل في الأمور الباطنة ويقوم مقامه^(٣) . وذكرونا هذا المسلك بالنظرية المادية في التفسير التي سبق أن أشرنا إليها . ونشير هنا إلى أن الفقهاء ليسوا سواء في الانتصار لهذه المادية . فبينما بلغ بعضهم إلى الإفراط في التشيع لها لدرجة دعتهم إلى الركون إلى التفسير الحرفي والتقييد بدقائق اللغة العربية ، نجد فريقاً آخر ألزم جانب القصد ونادى بوجوب الاستهداء بالعرف ، بدلا من قواعد النحو واللغة . هذا ولا يفرق ما ترى بين قواعد المجلة من مواد يشير ظاهرها إلى التحويل على الإرادة الباطنة كالمادة الثالثة التي تنص على أن « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني » . فإن إيمان النظر في الفروع التي يأتي بها الفقهاء كتطبيق لهذه القاعدة يدعونا إلى القول بأن مؤداهما هو أن « العبرة في تفسير العقود للإرادة الظاهرة لا للتفسير الحرفي » ذلك أن الفقهاء يقصدون بـ « المعنى » الوارد في المادة السابقة الإرادة الظاهرة . ويقصدون بـ « المبنى » المعنى الحرفي . ونشرع فيما يلي بإيضاح ما أسلفنا ؛ فتكلم أولا عن مؤدى المادة الثالثة ، ثم نستعرض الفروع التي تبين اعتداد الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة إن في إطلال التفسير بالمعنى الضيق أو التفسير بالمعنى الواسع .

(١) المادة ١٢ من المجلة ؛ وأرجع ف ٢ من المادة ١٥٥ من القانون المدني العراقي .

(٢) المادة ١٣ من المجلة ؛ وانظر المادة ١٥٧ من القانون المدني العراقي .

(٣) المادة ٦٨ من المجلة .

٥٨١ — مؤردى المادة ٣ من المجلد : يذهب بعض الباحثين إلى القول بأن الفقه

الإسلامي يمتد بالإرادة الباطنة مستنداً في ذلك إلى منطوق المادة الثالثة من أحكام المجلد^(١) . وإن إيمان النظر في الفروع التي يأتي بها الشراح عادة لإيضاح هذه المادة ينتهي بالباحث إلى القول بأن العبرة في التفسير هو للإرادة الظاهرة كما أسلفنا . أما الفروع التي يأتي بها الفقهاء للتدليل على اعتداد المادة الثالثة بالإرادة الباطنة كاعتبار هبة الدار في مقابل ثوب بيعاً ، واعتبار الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين حوالة ، فهي لا تسمف في دعم هذه الدعوى ، ذلك لأن الإرادة الظاهرة لمن وهب داراً في مقابل ثوب « تتجه للبيع لا للهبة والدليل على ذلك أنه خرج عن ملكه بمقابل ، والكفالة لا تبرئ ذمة المدين ، بينما تبرئها الحوالة ، فإبراء ذمة المدين دليل على أن الكفالة حوالة » . وقل مثل ذلك في سائر الأمثلة^(٢) .

ويؤيد مذهبنا إليه قاعدة أخرى في الفقه الحنفي هي أقدم نسبة من تلك ونصها :

« **المعتبر في أوامر الله المعنى ، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ** »^(٣) .

(١) راجع ماسبق ، ف ٤٨٥ ، ص ٤٦٣ .

(٢) ونستعرض فيما يلي نصاً من الفقه الشافعي يمثل تردد هذا الفقه بين الاعتداد بالمعنى الحرفي

(المبني) والإرادة الظاهرة (المبني) .

« قال المتولي لو قال : وهبت لك هذه بألف ، أو هذا لك هبة بألف ، فقبل ، هل ينقصد هذا العقد؟ فيه خلاف مبني على قاعدة وهي : « أن الاعتبار في العقود بظواهرها أم بمعانيها » وفيه وجهان : أحدهما : الاعتبار بظواهرها . لأن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعاني وتفهم المراد منها عند إطلاقها ، فلا تترك ظواهرها ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق ، وأراد الظهار أو عكسه ، تعلق باللفظ دون المتوى . ولأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ . ولأننا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له في اللغة ، فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له ، فكذا ألفاظ العقود . ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد ، ففسادها بتغيير مقتضاها أولى .

الوجه الثاني : أن الاعتبار بمعانيها ، لأن الأصل في الأمر الوجوب ، فإذا تعذر حمله عليه ، حملناه على الاستحباب ، وأصل النهي التحريم ، فإذا تعذر حمله عليه ، حملناه على كراهة التنزيه ، وكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه . ولأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله . ولهذا لو باعه بعشرة دراهم . وفي البلاد نقود أحدها غالب حملناه على الغالب طلباً للصحة .

قال المتولى : ويتفرع على هذه القاعدة مسائل ، منها : المسألة الأولى وهي إذا قال : وهبت لك بألف . فإن اعتبرنا المعنى ، انقصد بيعاً ، وإن اعتبرنا اللفظ ، فسد العقد . . . (المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، ص ١٧٢) . (٣) حاشية المحوى على الأشباه والنظائر ، ص ٣٢٠ .

وقد وفق أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة بين هاتين القاعدتين المتعارضتين ذاهباً إلى أن المراد من « المعنى » الوارد في القاعدة الأولى : « المدلول الذى يفهم من المبارات التى أنشئ بها المقد متضامه متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة فى إنتاج ذلك المدلول ^(١) . » وأن المراد من « المعنى » الوارد فى القاعدة الثانية : « النية والغرض والمرى الذى لم يقترن بالمقد عبارة تنبئ عنه صراحة ^(٢) . » وبعبارة أخرى يريد أستاذنا الجليل ليقول إن المراد من « المعنى » فى القاعدة الأولى الإرادة الظاهرة ، والمراد من « المعنى » فى القاعدة الثانية السبب المصلحى وأن هذا الأخير لا يعتمد به إلا إذا كان جزء من التعبير ويؤيد هذا الفهم أن أستاذنا قد ذهب إلى أن المراد من كلمة « المباني » « المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة ^(٣) » أى وبعبارة أخرى يريد أن يقول إن المقصود من المباني المعانى الحرفية . ونحن نوافق على هذا التأويل السديد لاتفاقه مع تأويلنا السابق ولما انتهينا إليه فى دراستنا للسبب المصلحى لدى الأحناف ^(٤) . ويؤيد تأويلنا السابق أيضاً قاعدة أخرى وردت فى المذهب الشيعى ونصها « إنما يحرم ويحلل الكلام » وقد أشار إلى التعارض بين هذه القاعدة وقاعدة المبررة فى المقود للمقاسد ... « آية الله محمد الحسين آل كاشف الغطاء . فقد جاء فى شرحه للقاعدة الأخيرة : « اعتبار القصور فى المقود مما لا شك فيه ولا ريب بمعنى أن المقد إذا خلا من قصد فهو لغو بل كل كلام كذلك ، ولكن إناطة المراد فى المقد على القصد وحده دون اللفظ ، غير صحيح . كيف وقد ورد فى السنة الصحيحة « إنما يحرم ويحلل الكلام » بل لا يتحقق العقد إلا باللفظ الخاص ، ولكن مع القصد فالقاعدة الصحيحة هى ما عبر عنه فقهاؤنا بقولهم : المقود تابعة للقصور ؛ يريدون أن كل معاملة كالبيع والإجارة والرهن لها ألفاظ تخصها ، بحسب الوضع والشرع ، يعبر عنها بالعقد ولكنها لا تؤثر الأثر المطلوب من ذلك العقد إلا بقصد معناه من لفظه ، فلو لم يقصده أو قصد معنى آخر . كما لو قصد من البيع الإجارة ، أو من الإجارة البيع ، ولو مجازاً ، كان باطلاً ، لأن المدار على القصد وحده ، دون اللفظ . . . أما المثال الذى . . . سماه بيع

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبى زهرة ، ف ١٣٤ ، ص ٢١٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) راجع ما سبق ، ف ٥٤٩ ، ص ٥٢١ وماب .

الوفاء ويسمى عند الإمامية بيع الخيار فهو عند فقهاءنا أجمع بيع حقيقة ولا تجرى عليه أحكام الرهن^(١) . »

ويقول آل كاشف الغطاء في مكان آخر في شرح قاعدة العبرة في العقود للمقاصد . . . « لعل المراد بهذه المادة أن الألفاظ تتبع ما أريد وقصد منها ، لا ما هي دالة عليه بحسب وضعها التعميني ، فلفظ « بت » مثلاً وإن كان دالاً بالوضع والاستعمال على نقل الأعيان ؛ ولكن لو أريد منه نقل المنافع بدل الإجارة الموضوعة لذلك ، كان الاعتبار بما قصد وأراد ولو مجازاً أو غلطاً ، لا بما هو مدلول اللفظ بحسب وضعه . ولكن التحقيق عندنا — وهو الظاهر من بعض النصوص ومقتون فقهاءنا — أن العقود يلزم فيها استعمال الألفاظ الصريحة الدالة على معانيها بالوضع والمطابقة ، فلا يصح فيها المجاز والسكنائية ، فضلاً عن مخالفة الوضع الشخصي أو النوعي واستعمال البيع في الإجارة قد لا يكون صحيحاً لا حقيقة ولا مجازاً فيكون غلطاً ويقع العقد المذكور مثلاً باطلاً . »

نعم لا ريب أن المقصود هي الركن الأعظم في العقود ، ولكن بقيد الألفاظ الخاصة الموضوعة للدلالة عليها المتحدة بتلك المعاني اتحاداً جملياً ، لا بالألفاظ القريبة عنها . إذ من المعلوم أن اللفظ أنساً وملابسة مع المعنى الموضوع له المستعمل فيه ، ونفوراً ووحشة من المعنى الغير الموضوع له وعلى كل فالصراحة اللازمة سيما في العقود اللازمة توجب استعمال الألفاظ الدالة على المعاني المقصودة بالوضع والمطابقة ، لا بالمجاز والسكنائية ، فضلاً عن الغلط . فاللزام أن تكون المادة هكذا : « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مع الألفاظ والمباني^(٢) » . ويلاحظ من النصين السابقين أن فقهاء الشيعة هم أكثر تقييداً بالنزعة الموضوعية في التفسير وهذا مادعاهم إلى اعتبار بيع الوفاء بيعاً ، لا رهناً ، أضف إلى ذلك أنه بينا يزور الأحناف عن التفسير الحرفي ، كما رأينا ، يقترب هؤلاء منه ، ويبطلون التعبيرات التي ترد عن طريق المجاز .

(١) تحرير المجلة لأية الله محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، ج ١ ، ص ١٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٦٣ .

٥٨٢ — التفسير بالمعنى الضيق : بعد أن عرفنا المؤدى الحقيقى لقاعدة العبرة

فى العقود للمقاصد . . . ننقل إلى استعراض النصوص الفقهية التى تشير إلى اعتداد الفقهاء بالتمبير الرئيسى للتصرف إبان تحديدهم لمضمونه . . وسنرى خلال استعراضنا لهذه النصوص أن ثمة تيارين فى الفقه الإسلامى كانا يجاوران هذا المسلك : تياراً مغرقاً فى المادية يهدف إلى الاعتداد بقواعد النحو والاستعمال اللغوى ، وتياراً آخر يلتزم جانب القصد يهدف إلى الاعتداد بالعرف .

الإبراء : يتقيد الفقهاء فى ألفاظ الإبراء تقيداً حرفياً لغوياً ، ويعطون لكل لفظ حوى خاصاً لا يحيدون عنه .

(أ) فإذا قال دائن لمدينه « أنت برىء مما لى عليك » أصبح الآخر بريئاً من الدين فقط ، دون الأمانات ؛ ويعمل الفقهاء ذلك بأن كلمة « على » لا تستعمل إلا فى الدين ، فلا تدخل تحتها الأمانات .

(ب) وإذا قال دائن لمدينه « أنت برىء مما لى عندك » أصبح المدين بريئاً مما أصله أمانة ، ولا يتناول ما أصله غصب أو مضمون . ويعمل الفقهاء ذلك بأن كلمة « عندى » تستعمل فى الأمانات لا فى المضمونات .

ويعترض ابن عابدين على عدم شمول كلمة « عندى » للمضمونات ، فيقول : « ولكنه خلاف عرف الناس فى زماننا فينبغى أن يتناول الجميع بقرينة العرف ^(١) » .

(ج) وإذا قال دائن لمدينه « أنت برىء مما لى قبلك » برىء عن الضمان والأمانة ، لأن كلمة « قبل » تستعمل فى الأمانات والمضمونات جميعاً .

(د) إذا قال الدائن لمدينه « أبرأتك عن هذه العين » كان الإبراء غير صحيح ، أما إذا قال الدائن « هو برىء مما لى عنده » صحَّ إبراءه . ويمزى صاحب المحيط عدم صحة الإبراء الأول لكونه إنشاءً ولأن العين لا تقبل الإسقاط .

أما الإبراء الثانى فهو صحيح ، لأنه إخبار عن ثبوت البراءة بسبب صالح لها ، وهو النفى من الأصل أورد العين إلى صاحبه .

(١) رسالة لإعلام الأعلام بأحكام الإقرار العام لابن عابدين ، ص ٩٦ — ٩٧ .

الإقرار : (١) إذا قال المقر : « افلان على درهم غير دائق » ، يلزم المقر بدفع خمسة دوانق إذا جاء لفظ « غير » منصوباً ؛ ويلزم بدفع درهم تام ، إذا جاء لفظ « غير » مرفوعاً . ويمثل الأصوليون ذلك بقولهم : إن المقر في حالة نصب « غير » يلزم بدفع خمسة دوانق ؛ لأن « غير » جاءت استثناء . ولما كان الدرهم يعادل ست دوانق فينصب الإقرار على خمسة دوانق فقط .

أما في حالة رفع « غير » فإن المقر يلزم بدفع درهم تام ؛ لأن كلمة « غير » هنا جاءت صفة للدرهم ، فكأن المقر يريد أن يقول أنه يقر بدرهم مغاير للدائق وهو بهذا القيد يحترز عن الدرهم المغاير للدائق^(١) .

الوصية : ولو قال : « إن كان في بطن فلانة جارية فلها وصية ألف » ، وإن كان في بطنها غلام فله وصية ألفان » ، فولدت جارية لسته أشهر إلا يوماً ، وولدت غلاماً بعد ذلك بيومين ، فإنما جميع الوصية لأنهما أوصى لهما جميعاً ، لكن لأحدهما بألف وللآخر بألفين . .

ولو قال : « إن كان الذي في بطن فلانة غلاماً فله ألفان » ، وإن كان جارية فلها ألف » فولدت غلاماً وجارية فليس لواحد منهما شيء من الوصية ، لأنه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما في البطن بقوله : « إن كان الذي في بطنها كذا » ، فله كذا . وكل واحد منهما ليس هو كل ما في البطن ، بل بعض ما فيه ، فلم يوجد شرط استحقاق الوصية في كل واحد منهما ، فلا يستحق أحدهما شيئاً .

بخلاف المسئلة الأولى لأن قوله « إن كان في بطن فلانة جارية ، فلها كذا » و « إن كان في بطنها غلام ، فله كذا » ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما في البطن ، بل الشرط فيه أن يكون في بطنها غلام ، وأن يكون في بطنها جارية . وقد كان في بطنها غلام وجارية ، فوجد شرط الاستحقاق^(٢) .

(١) البدائع ، ج ٧ ، ص ٢٠٩ ، س ٣٣ .

(٢) البدائع ، ج ٧ ، ص ٣٣٦ ، س ٩ .

يلاحظ من المثال السابق أن إضافة لفظ « الذى » إلى صيغة الوصية قد أدى إلى إلغائها ، بالاستناد إلى معيار موضوعي ، هو قواعد اللغة العربية ، التي تعطى معنى الاستغراق إلى هذا اللفظ

المجهر : جاء في مجمع الضمانات : « رجل قال للخياط : « انظر إلى هذا الثوب ، فإن ، كفاً قيصاً فاقطعه » ، وخطه بدرهم » فقال الخياط : « نعم » وقطعه ثم قال بعد ما قطع : « لا يكفيك » ، ضمن الخياط قيمة الثوب ، لأنه إنما أذن له بشرط الكفاية . ولو قال للخياط : « انظر أيكفيني قيصاً ؟ » فقال الخياط : « نعم يكفيك » فقال رب الثوب : « اقطعه » فقطعه ، فإذا هو لا يكفيه ، لا بضمن الخياط شيئاً ، لأنه أذن له بالقطع مطلقاً . فإن قال الخياط نعم ، فقال صاحب الثوب فاقطعه أو اقطعه إذن فقطعه ، كان ضامناً إذا كان لا يكفيه ، لأنه علق الإذن بالشرط^(١) . « فأنت ترى من هذا النص بوضوح النهج الموضوعي الذي يركن إليه الفقهاء في استخلاص المعاني من الألفاظ فهم في هذا المثال قد عولوا على كلمة « إذن » ، بل على حرف « الفاء » لاستخلاص إرادة التماقد الظاهرة من الصيغة ، فيعاق الإذن بالشرط أولاً يعاق تبعاً لوجود هذا الحرف أو تلك الكلمة أو لانعدامهما .

النطع : لو قال أب المخطوبة لأب الخاطب : « زوجتك ابنتي لابنك » فقال الآخر : قبلت ، انعقد النكاح لأب الخاطب ، لإسناد التزويج إليه . ويعرج ابن عابدين أن الإيجاب هنا معناه عرفاً « أعطيتك ابنتي زوجة لابنك » ومع ذلك لا ينعقد للابن ، لأن اللفظ لا يساعد المعنى العرفي « والنية لا تنفع وحدها^(٢) . »

٥٨٣ — التفسير بالمعنى الواسع : بعد أن استعرضنا النصوص الفقهية التي تكشف لنا عن مسلك الفقهاء في استكناهم مضمون الإرادة من العبارات والصيغ التي استعمالها الماقدان ، نورد فيما يلي نصوصاً أخرى تكشف لنا مسلك الفقهاء في التحرر عن الإرادة التصرفية نفسها ، والتثبت من قيام التصرف ، وسنرى أن الفقهاء في هذا

(١) مجمع الضمانات ، ص ٤٠ — ٤١ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٤٤٨ ، ص ٤٢٧ .

المجال يقفون أيضاً عند المبارات والصيغ ، ولا يتمدونها إلى الإرادة الباطنة .

الإقرار : قال الدائن « أليس لي عليك ألف ؟ » أجاب الدين : « بلى » فهو إقرار له بها . وإن قال « نعم » لا يكون إقراراً . ويعمل الفقهاء الفرق بالاستناد إلى دقائق اللغة العربية فيقولون إن كلمة « بلى » تفيد الإقرار ، لأنها جواب الاستفهام المنفي بالإثبات . بينما « نعم » لا تكون إقراراً ، لأنها جوابه بالنفي ، فكأنه قال : « ليس لك على » .

وذهب فريق إلى التسوية بين لفظي بلى ونعم واعتبار الإقرار حاصلًا في الحالين مستنديًا إلى أن الإقرار يحمل على المرف لا على دقائق العربية^(١) .

الطلاق : لو قال لامرأته موصولا « إن كلمتك فأنت طالق فذهبي » لا تطلق مالم يرد الاستثناء^(٢) ، ولو قال « اذهبي » طلقت ، لأنه مستأنف . فهنا في الحالة الأولى يأخذ الفقهاء بالإرادة الباطنة ، ويرجعون إلى قصد التكلم ، أما في الحالة الثانية فهم يأخذون بالإرادة الظاهرة . فأنت ترى أن حرفاً واحداً وهو « الفاء » يكفي لاستخلاص الإرادة الظاهرة للمطلق .

العارية : جاء في مجمع الضمانات : « رجل طالب من رجل ثوراً عارية ، فقال له المير : أعطيك غداً ، فجاء المستعير في الغد ، وأخذه بنير إذن صاحبه ، ومات في يده ضمن . . . وفي فتاوى قاضيخان فيمن استعمار من آخر ثوراً غداً ، فأجابه بـ « نعم » فجاء المستعير غداً ، ولم يجد صاحب الثور ، فأخذ الثور من بيته ، واستعمله ، فمطاب ، لا يكون ضامناً .

والفرق بينهما وبين المسألة السابقة أن المستعير هنا أخذ الثور من بيته غداً ، وكان صاحب الثور أجابه بـ « نعم » ، وثمة قال صاحب الثور : « أعطيك غداً » ، فهو وعد له بالإعطاء ، وما أعاره^(٣) .

٥٨٤ — ويخلص مما تقدم أن القاعدة الأساسية في تفسير التصرف في الفقه

(١) الدر المختار ، ج ٤ ، ص ٤٧٢ ، س ٣ .

(٢) رد المختار ، ج ٣ ، ص ١٤١ ، س ٨ .

(٣) مجمع الضمانات ، ص ٢٨ .

الإسلامى هى أن يؤخذ اللفظ على معناه الواضح دون الانحراف عنه بحجة تفسير نية صاحب التعبير فى التصرفات الأحادية ، أو نية الماقدين فى التصرفات الصادرة من الجانبين . وقدم فيما يلى صورة عن إغراق بعض الفقهاء فى التشيع للتفسير الحرفى ، وما قام فى وجه هذا المسلك من دعوة إلى الاعتداد بالعرف ، ثم نورد نصوصاً مهمة للفقهاء الكبار إهرنغ IHRING يكشف فيها عن مثالب هذا الضرب من التفسير .

٥٨٥ — التفسير الحرفى : قام بين فقهاء الأحناف خلاف حول إمكان انقضاء عقد النكاح بالألفاظ المصحفة كتجاوزت أو جوزت فهم من جنح إلى عدم الاعتداد بهذه الألفاظ المصحفة كصاحبى التنوير والتلويع ، ومنهم من جنح إلى الاعتداد بها كالحصكى وأبى السمود وخير الدين الرملى وحجة الفريق الأول — أنصار التفسير الحرفى — أن « اللفظ إذا صدر عن تحريف وتصحيف لم يكن حقيقة ولا مجازاً لعدم العلاقة ، بل غلطاً فلا اعتبار به أصلاً » وحجة الفريق الثانى — خصوم التفسير الحرفى — « أنه لو اتفق قوم على النطق بهذه اللفظة ، وصدرت عن قصد ، كان ذلك وضماً جديداً ، فيصح . » هذا ما قاله الحصكى — وأيد الرملى اعتبار هذه الألفاظ بقوله : « إن الصادر من الجهلة الأغمار تصحيف لا دخل فيه لبحث الحقيقة والمجاز لا لنفى الاستمارة المرتب على عدم العلاقة فيه ، إذ معناه الأصل أى معنى لفظ التجوز — وهو التسويغ أو جعله ماراً — غير ملاحظ لهم أصلاً . إذ العامى بمعزل عن ذلك ^(١) . »

وهكذا يلاحظ أن أكثر الفقهاء مالت إلى اعتبار لفظ التجوز ، وما ذلك إلا لأن الناس قد تمارفوا هذا اللفظ « مرابين منه معنى الزواج بحيث تبادر هذا المراد منه فصار من صيغه الصريحة ، لأنه غلب استعماله فى الزواج عن قصد صحيح من غير علاقة بينه وبين المعنى اللغوى ، فكان حقيقة عرفية مرتجلة ^(٢) » ^(٣) .

(١) رسالة العرف لآلن عابدين ، ص ١٣٨ .

(٢) العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ١٣٩ .

(٣) وفى نطاق القانون العام نجد أمثلة لاعتداد الفقهاء بهذا التفسير الحرفى ونورد فيما يلى مثالين أحدهما عن التفسير الحرفى فى صيغ القذف ، والثانى عن التفسير الحرفى فى صيغ الإقرار . =

٥٨٦ — نقي التفسير الحرفي : يستخلص مما تقدم ، أن المحاولات التي قامت لاعتماد دقائق اللغة العربية أساساً للتفسير لم تسد ، بل حل محلها اعتبار موضوعي آخر ، وهو العرف . وأصبحت القاعدة السائدة « يحمل كلام كل عاقد وواقف على عرفه » ، ويقول ابن عابدين في هذا الصدد في رسالة العرف : « إن لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته وامنته ؛ وافقت لغة العرب ، أولاً ، وبديل على ذلك أن الكلام العربي على اختلاف لغاته إنما وضع للتفاهم والتخاطب ، ولا شك أن كل متكلم يقصد

== (١) القذف : اختلف الفقهاء في لفظ « يازانية » إذا قذف به المرأة زوجها ، ذهب محمد إلى وجوب الحد على الزوجة ، على اعتبار الهاء هنا صلة زائدة ، أو للبالغة ، وفي الحالين لا يخل معنى القذف ، وذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب الحد ، لأن الهاء هنا للتأنيث ، ووصف الرجل بفعل المرأة وهو التمكن لا يتصور .

جاء في البدائع : « وعلى هذا يخرج ما إذا قال الرجل « يازانية » إنه لا يكون قذفاً عندما . وجه قوله : إن الهاء قد تدخل صلة زائدة في الكلام ، قال الله تعالى عز شأنه خبراً عن الكفار (ما أغنى عن ماليه ، هلك عن سلطانيه) ومعناه مالي وسلطاني ، والهاء زائدة فيحذف الزائد فيبقى قوله « يازاني » وقد تدخل في الكلام للبالغة في الصفة كما يقال (علامة ونسابة ونحو ذلك) فلا يخل به معنى القذف ، يدل عليه أن حذفه في لغة المرأة لا يخل بمعنى القذف حتى لو قال لامرأة « يازاني » يجب الحد بالإجماع فكذلك الزيادة في لغة الرجل .

ولهما : أنه قذف بما لا يتصور فيلغو . ودليل عدم التصور أنه قذفه بفعل المرأة وهو التمكن لأن الهاء في الزانية هاء التأنيث كالضاربة والقائلة والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما إذا قال لامرأة « يازاني » لأنه أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء ، وهاء التأنيث قد تحذف في الجملة كالحائض والطارق والحامل ونحو ذلك (البدائع ، ج ٧ ، ص ٤٥ ، ص ٢٥) .

(ب) الإقرار : إذا أقر المتهم بقوله (أنا سارق هذا الثوب) بإضافة لفظ السارق إلى الثوب تقطع يده . أما إذا أقر بتكوين لفظ السارق ، أي بدون أن يضيف لفظ السارق إلى الثوب بأن قال : « أنا سارق هذا الثوب » فلا تقطع يده . والسبب في التفريق بين الحالتين أن اسم الفاعل في الحالة الأولى يفيد الزمن الماضي ، فكأنه يريد أن يقول أنه سرق . أما في الحالة الثانية فإن اسم الفاعل قد ورد منونا وهو في هذه الحالة يفيد الحال والاستقبال . فلا تقطع يد المتهم لو وقع الشك ، فكأنه يريد أن يقول بأنه سوف يسرق هذا الثوب ، فيكون وعداً بالسرقة ، لإقراراً ، وبذهب ابن عابدين إلى الزام العالم دون الجاهل بهذه القواعد « لأن العوام لا يفرقون » (رد المحتار ، ج ٣ ، ص ٢٨٤)

وأهل مذهب تعويل الفقهاء على قواعد اللغة العربية في الصيغ التي يترتب عليها تطبيق الحدود يرجع إلى فسخ المجال لدرء الشبهة ما أمكن .

مدلول لنته فيحمل كلامه عليها ، وإن خالفت لغة الحاكم والقاضي باعتبار قصده ^(١) .
 ويقول ابن عابدين في موضع آخر : « إن لغة هذا الزمان المصحونة صارت بمنزلة
 لغة أخرى لا يقصدون غيرها ، فحمل كلامهم على غير لغتهم صرف له إلى غير معناه .
« ولا يجب مراعاة الألفاظ اللغوية والقواعد العربية إلا في القرآن والحديث »
 وإنما بنى الفقهاء الأحكام على القواعد العربية لأنها المعلومة لهم ، لا لكون القواعد
 العربية مقبداً ^(٢) . »

وقال في موضع آخر : « لا معتبر في إعرابها [أنت واحدة] وهو قول العامة ،
 وهو الصحيح ؛ لأن العوام لا يميزون بين وجوه الأعراب . والخواص لا يلتزمونه
 في كلامهم عرفاً . بل تلك صناعتهم ، والعرف لغتهم ! ^(٣) »

٥٨٧ — تقرير التفسير الحرفي : يمكننا أن نمزى حرص بعض الفقهاء على التقيد
 بدقائق اللغة العربية إلى عاملين :

(١) اعتماد هؤلاء على عرف صدر الإسلام ، ويبدو أن هذا العرف كان يتقيد بدقائق
 العربية لعدم اختلاط العرب بغيرهم ^(٤) .

(٢) إغراق الفقهاء بالضبط والدقة ، وإثناهم لاستقرار التعامل على احترام
 الإرادة الحقيقية .

ونقف هنا عند نصوص مهمة للفقهاء الألمان إيهرنغ يتحدث فيها عن التفسير
 الحرفي لدى الرومان . ولعل ما قاله هنا يصدق على تلك المحاولات التي قامت لدى بعض
 الفقهاء الإسلاميين للتعويل على هذا الضرب من التفسير . يقول إيهرنغ في كتابه
 القيم روح القانون الروماني : « إن التفسير النحوي لا يقوم بأداء الخدمة المطلوبة منه ،

(١) رسالة العرف لابن عابدين ، ص ١٣٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق ، ص ١٣٧ ، س ١٠ : قال العلامة الشيخ إبراهيم الحلبي في حاشيته على
 الدر المختار : وقول بعض الناس أنه (تجوز الحلف بدون اللام والنون) يصادم المنقول في المذهب ،
 يجاب عنه بأن المنقول في المذهب كان على عرف صدر الإسلام قبل أن تتغير اللغة . وأما الآن فلا
 يأتون باللام والنون في مثبت القسم أصلاً ، ويفرقون بين الإثبات والنفي بوجود (لا) وعدمها .

إنه يعول على اللفظ كما تشير إليه تسميته . فالكلمات بالنسبة له ما ليست هي ، وما لا تستطيع أن تكونه مطلقاً . فهي في نظره الفكرة وقد أصبحت مرئية ومجسدة . أما التفسير المنطقي فهو على العكس يتفق مع الجوهر الحقيقي للتبادل الفكري ، إنه يخلق فوق الكلمات ليصل إلى نفس التكلم ، ويبحث فيها عن الفكرة فيمكنها . إن نفس التكلم هي مسرح نشاطه ، أما الكلمة العادية فهي مسرح نشاط التفسير النحوي . وفي نظر هذا التفسير الأخير كل ما كان غير مدموج فيها ليس بموجود ، وهو في حكم المدم . إنه يعتمد كما يقال عادة الأحرف الميعة . إنهم يسمونها هكذا ، لأن استخدامهما لا يؤدي إلى نقل فكرة التكلم بأمانة ولا يدعو هذه الفكرة إلى حياة جديدة ، فهي للفكرة بمثابة قناع ميت . وليس يهم هذا الضرب من التفسير سوى ترجمة الكلمات كما هي وفق المعنى الذي يعطيها الاستعمال اللغوي وقواعد النحو . وسواء لبي هذا المعنى القصد الحقيقي للتكلم ، أو لم يلبه ^(١) » وقال أيضاً : « يسبق الاستعداد الحرية . . . وكذلك الأمر في الصناعة القانونية فإن هذه الصناعة قبل أن تبلغ مرحلة الحرية مرت بمرحلة الاستعداد . وهي إلى أن تصل إلى مرحلة الحرية تراها تحمل آثار المرحلة الأولى ، مرحلة تنقسم من جهة بالنظام والبساطة الذين لا مأخذ عليهما وبالضبط والدقة الحسابية والمنطق الذي لا يخطئ ، وتنقسم من جهة أخرى كشمس لهذه الزايا ، بالصلابة والإسهاب والثقل والتعالم . فالصناعة القانونية القديمة لا تواجه العقبات التي تعترضها ، بل هي لا تحجم عن ألف والدوران حولها إلى أن تصل غايتها . . . وإن الصلابة في منطق الصناعة القانونية القديمة ليصل إلى حد يبعث على الظن أنها لم تسكن دأماً محلاً للتطبيق العملي ، وأنها إنما اخترعت لأغراض التعليم المدرسي ، بمثابة رياضة حسابية للقانون ^(٢) » . ويقول أيضاً : « ولم يكن يجوز للصناعة القانونية في مراحلها الأولى أن تتخلى عن هذه الصلابة وهذا التشدد . فبفضلهما تمكنت من السيطرة على الأوضاع القانونية ، والإمساك بزمائها ، وتوجيهها التوجيه الواجب . وكان لابد للصناعة القانونية في بداية أمرها من أن تضحي بالمرونة والتجدد

(١) إيهرق ، روح القانون الروماني ، ج ٣ ، ص ١٣٤ .

(٢) المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٨ — ص ٩ ، ص ١٠ — ١٣ .

في سبيل المحافظة على ثبات الأوضاع القانونية واستقرارها . فإن هذا الثبات والاستقرار هما اللذان مكننا للأوضاع القانونية من أن تستكمل تكوينها ، فتستطيع ، بعد أن تقوم على أساس ثابت ، أن تتطور بعد ذلك لمجارات مقتضيات الحضارة ، وأن تنطوي على المرونة الواجبة دون أن يخشى عليها من أعاصير التقلبات إذا ما تعرضت لها دون أن تكون قد استكملت مقوماتها الذاتية وكيانها الراسخ ^(١) » .

الفصل الثاني

شرعية آثار التصرف القانوني

المبحث الأول

شرعية الآثار ونظرية التعبير

٥٨٨ — إذا استعرضنا تعريفات التصرف القانوني نجد فيها اتجاهين متباينين ، فمنها ما يذهب إلى أن التصرف القانوني هو « إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني ^(٢) » ومنها ما يذهب إلى أن التصرف القانوني هو « تعبير إرادي عن النية يرتب عليه القانون الآثار ^(٣) » .

ومن مقابلة هذين التعريفين يلاحظ أن التعريف الأول قد عرف التصرف بأنه إرادة ، وأسند إليها وظيفة ترتيب الأثر القانوني . بينما وصف التعريف الثاني التصرف بأنه تعبير ، وأوكل إلى القانون ترتيب الأثر على هذا التعبير .

إن هذين التعريفين يمثلان في الواقع نزعتين متباينتين ؛ الأول يمثل النزعة الفردية

(١) مصادر الحق ، ج ٣ ، ص ١٦٤ .

(٢) التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراة للدكتور عبدالرزاق السنهوري

١٩٥٣/١٩٥٤ ، ص ٣ .

(٣) هذا ويلاحظ أن الدكتور حجازي ، بعد أن اختار التعريف الثاني للتصرف الوارد في المتن (حجازي ، ف ٣٤ ، ص ٣١) ، عرف العقد على أنه توافق لإرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ... (الرجع السابق ، ف ٤١ ، ص ٤١) وظاهر أن النزعة الذاتية البارزة في هذا التعريف الأخير لا تتسق مع النزعة الموضوعية التي يرمي عنها التعريف السابق للتصرف .

التي تذهب إلى أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وترتب الأثر . والثاني : يمثل النزعة الاجتماعية أو نظرية التعبير بصورة خاصة ، التي تذهب إلى تقرير المبدأين الأساسيين التاليين^(١) :

(١) إن قوام العقد هو التعبير لا الإرادة ، (٢) إن آثار العقد يحددها القانون لا الإرادة . ولما كان الفقه الإسلامي يأخذ بما تأخذ به نظرية التعبير بصورة عامة ، فإننا سنتولى شرح المبدأ الأخير منها على اعتبارنا نبهت في وظيفة التصرف القانوني في تحديد الآثار ، وقد سبق أن شرحنا المبدأ الأول عند بحثنا دور التعبير عن الإرادة في تكوين التصرف القانوني .

٥٨٩ - تفرق نظرية التعبير بين إرادة التعبير وإرادة الأثر : فإرادة التعبير مصدرها العاقد ، فبمجرد أن تتجه إرادة العاقد إلى التعبير مستكملاً شرائطه ، يأتي دور إرادة جديدة خارجة عنه هي إرادة المشرع الذي يرتب ما يشاء من آثار على الإرادة الأولى . إن دور إرادة العاقد في هذه النظرية هو دور متواضع ، « ويشبه أنصار هذا المذهب الدور الذي تقوم به الإرادة في تكوين العقد الدور الذي تقوم به قطعة النقود التي ترميها في الآلة الأوتوماتيكية ليخرج لك منها البضاعة التي تشتريها ، فليست قطعة النقود هي التي تتولى إخراج البضاعة وإنما هي الآلة ، ويقتصر دور قطعة النقود على إعمال هذه الآلة ، كذلك يكون دور الإرادة في تكوين العقد ، هي لا تنشئ العقد ، وإنما يقتصر دورها على إعمال النظام القانوني الذي أنشأه الشارع لهذا الغرض^(٢) » .

ففي ظل هذه النظرية يجب أن تكون نية صاحب التعبير قد انجذبت إلى إيجاد تصرف قانوني ، حينئذ ينتهي دورها دون نظر إلى تحديد مضمون هذا التصرف ،

(١) فلابد ، ص ٧ - ص ٨ : « يرى بعض الكتاب أن أطراح النظرية غير المادية حتم لا يستطيع العلم القانوني أن يتفاداه . ويصبح المبدأ الخالق في التصرف القانوني - جوهره بالذات ومصدر وجوده - بعيداً عن الظواهر النفسية . كما أن آثاره ، وهذه هي الناحية الأخرى من النظرية الجديدة ، لا تترك خاضعة لما يريده أطراف التصرف ، بل يحددها القانون نفسه ، وبذلك يتجمع لدينا أساساً النظرية المادية في التصرف القانوني من ناحية تكوينه ومن ناحية آثاره .

(٢) موريل ، بحث بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الإلزامية ، ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ، ص ٤ ؛ حجازي ، ف ٤٢ ، ص ٤٢ - ٤٣ .

فهو يخرج عن نطاق الإرادة الحقيقية — ونحن لا نرجع إلى هذه الأخيرة من أجل تبينه^(١) . « فالشخص الذي تصدر منه عبارة معينة ، أو فعل معين ، أو يتخذ موقفاً معيناً من شأنه أن ينتج أثراً قانونياً . يجب أن يفمل ذلك وهو يريد هذا المظهر المادى الذى يقوم به . . . ولكن أنصار النظرية يقفون عند هذا الحد ، فلا يشترطون كما يشترط أنصار مذهب الإرادة الباطنة أن يكون من صدر عنه هذا المظهر الخارجى ، وأراد أن يصدر عنه ، أن يكون قد انصرفت إرادته الداخلية أيضاً إلى إحداث الأثر القانونى الذى من شأن هذا المظهر أن يحدثه^(٢) » . فالأطراف هنا يشبهون قوماً يدخلون منزلاً ليس من سلطانهم أن يحددوا كيف يؤثت كما يشاؤون ، بل كل ما لهم هو الحق فى الدخول إليه أو الامتناع عن ذلك . إنهم يحدون منزلاً معداً من قبل إعداداً تاماً . وهم مجبرون أن يحترموا بكل دقة ما أعده لهم من قبل شخص آخر هو الشرع^(٣) » .

ومن السهل أن نلاحظ من التشبيهين سابق الذكر أن وظيفة التصرف القانونى فى ظل هذه النظرية تكاد تماثل وظيفة الواقعة القانونية . إن هذه الوظيفة تنحصر فى تحريك القاعدة القانونية ، وهذه القاعدة هى التى ترتب الأثر القانونى فى الحالتين . أما التصرف القانونى بذاته ، وأما الواقعة القانونية بذاتها ، فلا يرتبان أثراً قانونياً بطريق مباشر ، وليس كل منهما إلا شرطاً لترتيب هذا الأثر^(٤) .

(١) بونكاز ، ٢ ، ف ٤٥٥ . (٢) السهورى ، المقد ، ف ١٧٢ .

(٣) جونو ، ص ١٩٧ . قلادة ، ص ٣٣٣ .

(٤) وأبرز القائلين بهذا المذهب هم كاييتان من فقهاء القانون الخاص (التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ٦٨) ودوجى Dugit وجيز Gez من فقهاء القانون العام ويذهب بونيكاز إلى أن هؤلاء ليسوا مبتدعين لهذا المذهب عندما قالوا به ، بل سبقهم إلى ذلك فقهاء العهد المدرسى ، وخاصة تولييه ولارومبيير وديمو لومب ، (السهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٤ و ص ٧٦) .

ويقرر الأستاذان هوريو ودى بيزان أن لنظرية التعبير عن الإرادة فى فرنسا جذوراً متأصلة فى القانون الإدارى الفرنسى فقد نشأت هذه النظرية بمناسبة العمل الإدارى ، ثم يحاول الأستاذان التقريب بين العلاقات القانونية الإدارية وعلاقات القانون الخاص على أساس انتشار وسائل الشهر فى عصرنا الحاضر . . . ويقرر الأستاذان أن الاختبارات التى تمت فى القانون الإدارى ، والتى كشفت عن ضرورة حماية الجماعة ، لن تكون بغير فائدة من أجل إقامة نظرية للتعبير عن الإرادة تطبق فى القانون الخاص الفرنسى ، مقال ٥٤٥ . ويلاحظ الدكتور قلادة أن نقي الإرادة من نطاق التصرف القانونى يقرب بين نطاقى القانون الخاص والقانون العام راجع قلادة ، ص ٤٢٧ و ٤٢٨ .

٥٩٠ - ويستند تدخل الشارع في هذه النظرية في آثار التصرفات إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق العاقدین الناشئة بالعقد . ولئن آثرت هذه النظرية احترام التوازن المقدي على احترام إرادة المتعاقدين ، فإننا نجد المذهب الفردي الذي يجعل ترتيب الآثار من عمل العاقد ، يهدر احترام هذا التوازن في سبيل صيانة إرادة العاقد « إن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره . . . لأن التزامه إنما بني على إرادته . فلا يصح أن نقيده من أثر العقد ، بدعوى أن هناك غيباً لحق أحد المتعاقدين ، مادام قد ارتضى هذا الغيب ^(١) » .

« فالبيع الذي لا يمثل فيه الثمن المدفوع للبائع القيمة الحقيقية للشيء المسلم معه ، لا يمكن الاعتراض عليه لانعدام السبب ، لأن التزام هذا البائع له سبب ، فاتهم قيمة الثمن إذا كان قبوله بواسطة البائع قد تم بحرية . إن التفاوت بين العطاءات المتبادلة تكمله ، وتلاشيه صحة الإرادة التي تقبله ^(٢) » .

« وليس المهم في العقد أن يكون هناك تماثل بين الشئيين المتبادلين ، بل يكفي أن يكون التماثل بين الشخصين المتعاقدين ، وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون ، كأن يكون التعاقد قاصراً في السن أو في العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غبن ، أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل في إرادته ، فإذا التزم بشيء كان العدل أن يقوم بما التزم به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحق وتواعد العدالة والنظام العام فهذه الأشياء لا ينبغي أن تفرق في التحديد من سلطان الإرادة ^(٣) » .

ويبين مما تقدم أن المذهب الفردي إنما يحرص على أن يقيم بين العاقدین توازناً قانونياً فحسب ، بأن يكون كل منهما تام الحرية والأهلية ، ولا يحرص على أن يقيم

(١) الوسيط ، ج ١ ، ص ١٤٥ .

(٢) Lucas, Lesion et Contrats, Paris no 6, P. 23.

Mavry (jacques), Cause, Encyclopedie Dalloz, 1951, no 10 .

(٣) الوسيط ، المرجع السابق .

بينهما توازناً اقتصادياً في الحقوق المتبادلة ، فهذا موكول إليهما بعد تتممهما بالحرية والأهلية ، ووقوفهما في التعاقد على قدم المساواة من حيث الإرادة والاختيار .

٥٩١ - موقف نظرية التعبير من مبدأ سلطان الإرادة : أتبنى هذه النظرية مبدأ سلطان الإرادة أم تتفق معه ؟ وبعبارة أخرى ، هل النزاع بين نظرية الإرادة ونظرية التعبير يدور بعيداً عن مبدأ سلطان الإرادة ، أم أن موضوع النزاع مضمونه هذا المبدأ بالذات ؟

٥٩٢ - يذهب البعض إلى أن النزاع بين هاتين النظريتين يدور بعيداً عن مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة لا يعنى أكثر من الاعتراف للإرادة الخاصة بالقدرة على تحريك الآثار القانونية التي تتمتع بها . ومبدأ سلطان الإرادة على هذا المعنى لا يستلزم الأخذ بنظرية الإرادة الحقيقية ، أو بنظرية الإرادة المعلنة « ولا يجوز التمسك بالفروض التي يغلب فيها المشرع الإرادة المعلنة على الإرادة الحقيقية لإنكار مبدأ سلطان الإرادة ، لأن هذه الفروض لا تخرج عليه في شيء ، فنحن إذ نرتب أثراً على توقيع المسحوب عليه عندما يكون هذا التوقيع قد انتزع بالتدليس ، لا نحترم إرادته الحقيقية ، ولكننا نحترم إرادته المعلنة . أى إن أثر التصرف المجرد يتولد لأنه أريد في الحقيقة ، إنما لأنه أريد في الظاهر ، إذن تغليب الإرادة المعلنة على الإرادة الحقيقية لا يعنى مطلقاً إنكار مبدأ سلطان الإرادة أو إنكار العلاقة بين أثر التصرف والإرادة الخاصة . لأنه إذا كان أثر التصرف المجرد لا يتولد بمقتضى الإرادة الحقيقية فإنه يتولد بمقتضى الإرادة المعلنة ووفقاً لها^(١) » .

ويذهب بونيكاز أيضاً إلى أن لا تعارض بين نظرية التعبير والمذهب الفردي ، فهذا الأخير يحترم حقاً حرية الشخص وإرادته ، ولكنه مع ذلك لا ينظر إلى الشخص منمزلاً بل ينظر إليه باعتباره عضواً في المجتمع ، فلا غرابة إذن في أن يكون القانون ، حتى في المذهب الفردي ، هو الذي يرتب على الإرادة أثرها القانوني ، لأن إرادة الفرد الذي يعيش في المجتمع لا مناص لها من أن تخضع للقانون ، والقانون هو الذي يتولى ترتيب ما يرى ترتيبه من الآثار^(٢) .

(١) أبو عافية ، ص ٢٩٧ .

(٢) السهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٦ — ٧٧ .

٥٩٣ - ويذهب البعض الآخر إلى أن النزاع بين نظريتي الإرادة والتعبير لا يدور بعيداً عن مبدأ سلطان الإرادة ، بل مضمونه هذا المبدأ بالذات ، وحيثه أن الواقعة التي ليست إرادة حقيقية ليست إرادة بأى حال من الأحوال ، فالحقيقة أن الاعتراف للإرادة الخاصة بالقدرة على تحريك الآثار القانونية التي تنتجها إليها ليس له أى مضمون جدى ، إلا إذا انتفت هذه الآثار عند تخلف الإرادة الحقيقية التي تنتجها إليها . فإذا وجدت هذه الآثار ، رغم اختفاء الإرادة ، فإن ذلك يعنى أن لها مصدراً آخر غير الإرادة وهي تلك الإرادة التي تحمى دواعى الاثبات العام . إن التعبير الخالى عن الإرادة باطل . ولذلك فهو مجرد واقعة تترتب آثارها بناء على إرادة القانون وحده . إن سلطان الإرادة لم يتقرر إلا ممنوحاً للنية الحقيقية . فالإرادة القانونية أساسها ومناط وجودها الإرادة الطبيعية النفسية . . . والإرادة المعلنة ليس لها من سلطان إلا لو ترتب أثرها بمقتضى الإرادة الحقيقية ، ووفقاً لها . إن الإرادة المعلنة ليست إرادة إلا لو كانت إرادة حقيقية^(١) .

ويذهب دوغى ، مع هذا رأى ، إلى أن ثمة تعارضاً بين نظرية التعبير والمذهب الفردى ، فهذا الأخير إذ يقدر حرية الشخص وإرادته ، يحمل هذه الإرادة هي التي ترتب الأثر القانوني^(٢) .

ونحن نميل إلى تأييد رأى الأخير ، ذلك أن نظرية التعبير تذهب إلى أن ترتيب الأثر على العقد يتولاه القانون ، فكيف يستساغ بعد هذا القول بأن ثمة اتفاقاً بين مبدأ سلطان الإرادة الذى يذهب إلى أن الإرادة هي التي تولد الأثر ، وبين نظرية التعبير التي تذهب إلى أن القانون هو الذى يولد الأثر ؟

٥٩٤ - نتأج هذه النظرية : يدلى بونيكاك بملاحظتين يكشف فيهما عن المميزات التي يجنبها القانون الحديث من ذهابه إلى أن القانون هو الذى يرتب على التصرف القانوني أثره .

الملاحظة الأولى : يقول فيها إن العقد الناقل للملكية يحلل عادة على أنه ينشئ

(١) قلادة ، ص ٤٠٢ .

(٢) السهورى ، المرجع السابق .

التراماً بنقل الملكية ، وينقضى هذا الالتزام بمجرد نشوئه . وهذا التحليل بقية تختلف من تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالمقد . أما اليوم فلا يوجد ما يمنع من القول بأن المقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . وبكفى للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن المقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر القانونى .

والملاحظة الثانية : ينتقد فيها بونيكاز تقسيم التصرف القانونى إلى تصرف منظم ، وتصرف شرطى ، وتصرف ذاتى . وهو التقسيم المعروف الذى يقول به دوغى ، ويرى بونيكاز أنه إذا كان لابد من استبقاء الفكرة التى يقوم عليها هذا التقسيم ، فإن كل التصرفات تكون إذن تصرفات شرطية ، لأن التصرف ليس إلا الشرط اللازم لتحريك القانون وجمله يرتب الآثار القانونية على هذا التصرف^(١) .

ويعمل دوغى على هذه النظرية فى تمليله لانصراف آثار تصرف النائب إلى ذمة الأصيل فى النيابة . وهو يرى بأن الصموبة التى يجابهها الفقهاء عادة فى هذا التعليل مردها ربط الأثر القانونى بالإرادة . والواقع أن القانون وحده ، لا الإرادة ، هو الذى يربط الآثار القانونية ، وقد رتب القانون على إرادة النائب آثاراً تنصرف إلى الأصيل^(٢) .

٥٩٥ — تقرير هذه النظرية : مالها : يرجع الفضل إلى هذه النظرية فى بيان دور القانون فى ترتيب الآثار المقدية . هذا الدور الذى تجاهلته النظرية الفردية التى تقضى بأن الإرادة وحدها هى التى تنشئ العقد ، وترتب الأثر ، والواقع أن هذه النظرية الأخيرة يحول دون الأخذ بها مانعان : مانع نفسى ، ومانع اجتماعى .

أما المانع النفسى فيقضى بأنه لا يمكن أن نتصور أن إرادة الشخص فى وقت معين يمكن أن تقيده بالنسبة إلى المستقبل ، فقد يغير الإنسان رأيه بعد ارتباطه بالعقد ، فهل نستطيع بعد هذا أن نقول إن ترتيب الآثار يتلاشى مع نسخ الإرادة اللاحقة

(١) السهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٨ ؛ وانظر أيضاً الوسيط ، ج ٢ ، ص ٧٧٠ ، هامش رقم ١ .

(٢) مصادر الحق ، ص ٥٠ ، ص ٢٠٥ .

الإرادة السابقة ؟ إن ترتيب الآثار ليس هو ملازماً للإرادة ، وإنما هو منبثق عن مصدر مستقر ، مستقل عن الإرادة ، ذلك هو القانون .

أما المانع الاجتماعي فؤداه أن الفرد لا يعيش منعزلاً عن المجتمع ، وليست الإرادة غاية في ذاتها ، بل الغاية هو خير الجماعة ، فطبيعي إذن أن تقيد هذه الإرادة بمقتضيات خير الجماعة ، فإذا انطوت على غرض مفيد لهذه الجماعة كان نصيها احتضان القانون لها ، وتبنيه إياها ، وإذا انطوت على غرض ضار بالمجتمع أو غير مجد ، لم تحظ باحترام القانون وإقراره ، بل نزل عتبة الأثر ، وما ذلك إلا لأن الإرادة في خدمة القانون وليس القانون في خدمة الإرادة^(١) .

وهكذا يبين أن تدخل القانون من أجل تحقيق المصالح الاجتماعية لا يكون إلا على حساب السلطان المعطى للإرادة ، بيد أن تدخل القانون في ترتيب الأثر هنا يغير تدخله في ترتيب الأثر على الوقائع القانونية الأخرى ، فتمه يتدخل إما متجاهلاً للإرادة الخاصة ، كما هو الحال في الالتزامات التي مصدرها القانون ، وإما مخالفاً لتلك الإرادة الخاصة ، كما هو الحال في موقفه إزاء التصرفات غير المشروعة ، إنه يتدخل هنا في التصرف لا متجاهلاً للإرادة ولا معاكساً لها ، وإنما يتدخل طبقاً لما تنجبه إليه^(٢) ، ولكنه يبقى المصدر الأصيل لتلك الآثار^(٣) .

٥٩٦ — ماعليها : إن كان لهذه النظرية الفضل في بيان دور القانون في ترتيب الآثار المقدية ، فمعليها يقع وزر طمس معالم كل أثر للإرادة في هذه الآثار . وهذا ما وقع فيه الفقيه بونيكا الذي بالغ من تجاهله لهذا الدور أن سوّى بين التصرف القانوني والواقعة القانونية من حيث وظيفتهما في ترتيب الأثر القانوني ، فجعل دورهما مقصوراً على تحريك القاعدة القانونية ، دون أن يكون لها أى شأن في ترتيب الآثار القانونية التي تولدها هذه القاعدة ، « وظاهر أن هذه الآثار القانونية مرتبطة كل الارتباط بالإرادة التي حركت القاعدة القانونية ، فهي قد اشتقت من هذه الإرادة

(١) موريل ، ص ٦ وما ب .

(٢) ديموج ، الالتزامات ، ف ١٣ .

(٣) فلادة ، ص ٩ .

وقدّنت على قائلها ، بل إن القاعدة القانونية التي تحركت قد اقتصرت في إنتاج الآثار القانونية على القدر الذي اتجهت الإرادة لتحقيقه لا أكثر ولا أقل^(١) .

٥٩٧ - ويقف الفقيه بيير هبرو موقفاً معتدلاً من نظرية التعبير، فيمنح الإرادة حظها من توليد الآثار فهو يقول : هل الإرادة هي التي تحدث بذاتها الأثر القانوني ، أم القانون هو الذي يرتب على الإرادة أثرها ؟ ويجب عن ذلك بأن الأثر القانوني يترتب على مزيح من الإرادة والقانون . ففي حالات يكون نصيب القانون أكبر من نصيب الإرادة في إحداث هذا الأثر ، كما في التصرف بإرادة منفردة وفي القرار الإداري وفي الحكم القضائي . وفي حالات أخرى كالمقد ، يكون نصيب الإرادة أكبر من نصيب القانون ، وبقتصر القانون على أن يرتب للإرادة الأثر الذي ترسمه ، وتنحصر مهمته في تسجيل ذلك^(٢) .

ونحن نميل إلى هذا التفصيل الذي أتى به هبرو ، فالتصرفات في الواقع ليست سواء من حيث هيمنة القانون في ترتيب الآثار ، فمن السديد أن نفتقد في إطلاق الحكم فلا القانون وحده يترتب للآثار ولا الإرادة وحدها بمرتبة لها ، وإنما تلد من تعاون الإرادة والقانون ، وهذا التعاون تارة يكون فيه للإرادة الحظ الأوفى ، وطوراً يحظى فيه القانون بالدور الراجح . وذلك حسب طبيعة التصرف من جهة ، ووفق نزعة النظام التشريعي الذي يتكون في ظله من جهة أخرى .

ويقول أستاذنا السنهوري في هذا المعنى : « ونحن إذا توخينا الاعتدال ، وجانبنا القطرف ، تبين أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد ، أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيها إلا بقدر محدود ، فمقد الزواج ، وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل

(١) السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ص ٩٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١٤ .

ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن
للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً .
وهي في الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ،
وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق
شيئاً جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل
إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهي مصدر لكثير من
الحقوق ، وهي التي ترتب آثارها . . . وإذا خلعنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا
الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع مما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى
في هذا الميدان إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ،
وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب .

بل إن إرادة الفرد - حتى في داخل هذه القيود - يضاف أثرها في بعض العقود
التي تضع نظاماً ثابتاً للطوائف والجماعات ، كما في الجمعيات والشركات والنقابات ،
فهذه تنظمها الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعتمد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها
وهناك عقود الجماعة كمقد العمل الجامع وصلح أغلبية الدائنين مع المفسر نرى فيها
الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية . وكذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال
التوازن بين القوى الاقتصادية ، وانتصار القانون للجانب الضعيف . كما نرى في تشريع
المال وفي عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال . . . (١) .

(١) الوسيط ، ج ١ ، ص ١٤٨ .

المبحث الثانى

شرعية الآثار فى الفقه الإسلامى

٥٩٨ — إذا رجعنا إلى نصوص الفقه الإسلامى نجد فيه نفس المبدأين اللذين يسودان نظرية التعبير فى الفقه الغربى : (١) ففوام التصرف فيه هو الصيغة لا الإرادة ، (٢) والآثار العقدية هى من عمل الشارع لا من عمل العاقد . وقد تأكد لنا اعتداد الفقه الإسلامى بالمبدأ الأول إبان بحثنا لدور الإرادة الظاهرة فى تكوين التصرف القانونى ، وسنتبين من اعتداده بالمبدأ الثانى فى بحثنا لدور المشرع فى تحديد آثار التصرف القانونى . وسنرى أن هذه الآثار يهيمن عليها فى الفقه الإسلامى « مبدأ جمالية الآثار » .

الفرع الأول

مفهوم جمالية الآثار

٥٩٩ — يقصد بجمالية الآثار فى الفقه الإسلامى أن الآثار تترتب على العقد بحمل من الشارع وأن دور العاقد مقصور على تكوين العقد . وللجمالية معنيان : واسع وضيق .

٦٠٠ — يقصد بالجمالية بالمعنى الواسع « أن الشارع جعل لكل عقد آثاراً خاصة به ، تتحقق به الأغراض الصحيحة التى يقصدها العاقدان من إنشائه ، فلبيع مثلاً آثار خاصة به ، وللأجارة كذلك آثار لازمة لها ، وهكذا ... وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدوداً عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائها لها^(١) » .

٦٠١ — ويقصد بالجمالية بالمعنى الضيق أن الشارع يرتب الحكم الأصيل للتصرف وينفذه فى الوقت نفسه . ففى عقد البيع مثلاً تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد إلى المشتري ، وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع ، والناقل لهما هو الشارع لا العاقد .

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الحقيف ، طبعة عام ٩٤٧ ، ص ٢٤١ .

(٣٧) — التعبير عن الإرادة)

أما الأحكام التابعة كالإلزام بالبائع بتسليم المبيع فتتفيدها منوط بإرادة الأفراد لا بإرادة الشارع^(١) .

ويستفاد هذا المعنى الأخير للجملية من نص لابن تيمية قال فيه : « إن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالمبيع ، وملك البضع الثابت بالنسكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا^(٢) .

وبلاحظ أن الجملية بالمعنيين السابقين هي ما يقره التنظيم الوضعي في الفقه الإسلامي ، وهي في نظرنا ثمرة لفكرة الجملية الفلسفية التي يذهب فيها الأصوليون إلى أن العقد ليس بسبب طبيعي عقلي للآثار ترتبط به ارتباط السبب بالسبب « بمعنى أنه إن وجد السبب ترتب عليه وجود السبب حتما ، لا شيء سوى أن السبب قد وجد ، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما ، ثم اعتدنا وجودها دائماً حتى اعتدنا أنها طبيعية يوجبها العقل وطبائع الأشياء » وفي هذا يقول الشاطبي « لما جعل [الأثر] مسبباً عنه [العقد] في مجرى العادات ، عد كأنه فاعل له مباشرة^(٣) » .

٦٠٢ — دليل الجملية : ويأتي الشاطبي بأدلة على الجملية من القرآن والسنة ، فيقول « والقرآن والسنة دالان عليه . فما يدل على ذلك ما يقتضي ضمان الرزق كقوله تعالى « وأمر أهلك بالصلاة واصطبر عليها ، لا نسألك رزقاً ، نحن نرزقك » ، « وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها » ، وقوله « وفي السماء رزقكم وما توعدون » ، وقوله « ومن يتق الله يجعل له مخرجاً » .

وفي الحديث (لو توكلتم على الله حق توكله لرزقكم كما ترزق الطير) ، ومنه (أعقلها وتوكل) ومما يبينه قوله تعالى : « أفرايتم ما تمنون أنتم تخلقونه أم نحن الخالقون » « أفرايتم ما تمحرون » « أفرايتم الماء الذي تشربون » « أفرايتم النار التي تورون » « والله خلقكم وما تعملون » « والله خالق كل شيء » .

(١) راجع ما سبق ، ف ٥٧١ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٢١٤ .

(٣) ولعل هذا الاعتقاد شبيه باعتقادنا اسناد النور الصادر من القمر إلى القمر نفسه مع أن القمر في الواقع ليس بكوكب مضيء وإنما هو كوكب مضاء يعكس النور الذي يتلقاه من الشمس وكذا العقد فهو مصدر ظاهري لتجديد الآثار وإنما المصدر الحقيقي هو الله عز وجل .

فكما أن البذرة لا تنبت إلا إذا شاء الله لها الإنبات ، وكما أن النار لا تحرق إلا إذا شاء الله الإحراق ، فكذلك العقود لا تترتب آثارها إلا إذا شاء الله تعالى ذلك والدليل على أن الرابط بين السبب والسبب هو الله عز شأنه هو انتفاء السبب رغم تحقق السبب عند ما تشاء القدرة الإلهية ذلك^(١) .

٦٠٣ — إجماع الفقهاء على جعلية الآثار : يكاد الفقهاء يجمعون على أن ترتيب آثار العقود هو من صنع الشارع لا من عمل الماقدين . فالشارع وحده هو الذى يخصص لكل عقد آثاراً معينة ويجعل من هذه العقود طريقاً موصلاً إلى هذه الآثار . وهذه الآثار المعينة التى يخصصها الشارع لكل عقد ليست هى فقط ما أثبتته نصوص الشريعة ، بل يتممها ما أضافه الاجتهاد إليها عن طريق القياس والاستحسان والاستصلاح وسد الذرائع .

ونورد فيما يلى نصوص الفقهاء فى الجعلية فى المذاهب الأربعة :

المذهب الحنفى . جاء فى كتاب كشف الأسرار على أصول نجر الإسلام البزدوى : « إن المثل الشرعية غير موجبة بأنفسها ، فإن هذه المثل كانت موجودة قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام بخلاف المثل العقلية فإنها موجبة بأنفسها وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، إذله ولاية الإيجاب وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علة . ولكن إيجابه لما كان غيباً عن العباد ، وهم عاجزون عن دركها ، شرع المثل التى يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام فى حق العمل ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً ، فصارت المثل موجبة فى الظاهر يجعل الله تعالى إياها كذلك أى موجبة لا بأنفسها^(٢) . »

(١) وفى القرآن صورة لهذا الانفكاك بين السبب والسبب فـ « هذا إبراهيم عليه السلام حشد له الناس الوقود من كل مكان ، وأشعلوا فيها النار ، وألقوه فيها ، فكانت برداً وسلاماً » (الفقه الإسلامى للاستاذ محمد سلام مذكور ، ف ٢٩٢ ، ص ٣٠٣) .

(٢) البزدوى ، ج ٤ ص ١٧١ .

المذهب الشافعي : جاء في كتاب المستصفي للإمام الغزالي المتوفى عام ٥٠٥ هـ :
«إن الحل الأموال والأبضاع وحرمتها أسباباً ظاهرة ، من نكاح وبيع وطلاق وغيره .
وإن نصب هذه الأسباب أسباباً للأحكام إنما هو بحكم الشرع فهي لا توجب الحكم
بذاتها بل بإيجاب الله تعالى ، فهو الذي شرعها ورتب عليها أحكامها^(١) . »

المذهب المالكي : جاء في كتاب الموافقات للشاطبي : « إن السبب غير فاعل
بنفسه بل إنما وقع السبب عنده ، لا به ، فإذا تسبب المكلف فالله خالق السبب
والعبد مكتسب له . فإن الذي إلى التسبب ، وحصول المسببات ليس إلى ، فأصرف
قصدى إلى ما جعل إلى ، وأكل ما ليس لى إلى من هو له^(٢) . » وجاء أيضاً :
« إن الذى للمكلف تماطى الأسباب [التصرفات] وإنما المسببات [آثار التصرفات]
من فعل الله تعالى وحكمه ، لا كسب فيه للمكلف^(٣) . »

وقد استخلص الشاطبي من كون إنشاء التصرف راجعاً إلى العاقد ، وكون
توليد الآثار راجعاً إلى الشارع ، عدم جدوى اتجاه إرادة العاقد وقصده إلى الآثار ،
ما دامت هذه الآثار ليست فى مقدوره ، وليس يرجع لها ، وما دام الأمر كذلك ،
فاتجاه قصد العاقد إلى الآثار هو تزيد لا لزوم له^(٤)

ويؤكد الشاطبي فى مكان آخر ترتيب الشارع لآثار التصرفات ، ويبين أن
خفاء هذه الحقيقة عن أنظارنا يرجع إلى الاعتقاد فهو الذى يوهمنا بأن الأسباب هى
التي ترتب الآثار ، فتلازم الشبع مع الطعام ، والإرواء مع الماء ، والإحراق مع النار
يوهمنا بأن الطعام والماء والنار هى أسباب للشبع والإرواء والإحراق ، والواقع أن
هذه الأسباب الظاهرة تخفى وراءها حقيقة كامنة . إن السبب للشبع والإرواء والإحراق
هو الله عز وجل ، ولو قصد الآكل والشارب والحارق عدم الشبع والإرواء والإحراق
لمسا استطاع . وكذلك الحال فى العقود ، إن العقود هى الأسباب الظاهرة التى اعتدنا

(١) المستصفي من علم الأصول ، ج ١ ، ص ٩٣ — ٩٤ .

(٢) الموافقات ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٩٠ .

(٤) راجع ما سبق ، ف ٥٣٧ ، ٥٠٥ .

نأن تربط الآثار بها . والواقع أن المبدع للآثار هو الله عز وجل . ولو شاء صاحب التصرف أن لا تنطلق الآثار من تصرفه لما استطاع إلى ذلك سبيلا ، لأن ذلك في مقدور الشارع ، لا في مقدوره .

يقول الشاطبي في تقرير ذلك : « إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد ذلك المسبب أولا . لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجرى العادات ، عد كأنه فاعل له مباشرة ، ويشهد لهذه القاعدة مجرى العادات ، إذ أجرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها ، كنسبة الشبع إلى الطعام ، والإرواء إلى الماء ، والإحراق إلى النار . . . وسائر المسببات إلى أسبابها ، فكذلك الأفعال التي تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا ؛ وإذا كان هذا ممهوداً معلوماً جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية [العقود] مع مسبباتها [الآثار] على ذلك الوزان ^(١) . »

ويقول أيضاً : « إن متعاطى السبب [العقد] إذا أتى به بكال شروطه وانتفاء موانعه ثم قصد أن لا يقع مسيبه فقد قصد محالاً ، وتكلف رفع ما ليس له رفعه ، ومنع ما لم يحمل له منعه . . . فإن الشارع قاصد لوقوع السببات عن أسبابها . فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع ، وكل قصد ناقض قصد الشارع فباطل . فهذا القصد باطل ^(٢) » .

المذهب الخبلي : يقرر ابن تيمية (متوفى عام ٧٢٨ هـ) ما ذهب إليه المذاهب الأخرى فيقول :

« إن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وسلك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم ثبوت سببه منا لم نثبته ابتداءً ، كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة ^(٣) » .

والخلاصة : إن النتيجة المنطقية لما قرره الأصوليون في هذا الصدد أن آثار العقد لا تترتب عليه إعمالاً للإرادة من حيث أن الإرادة منشئة لهذه الآثار مرتبة لها ، فإن

(١) المرجع السابق ، ص ٢٦١ .

(٢) نفس المرجع ، ص ٢١٤ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٢١٤ .

هذه الآثار تترتب بناء على حكم الشارع . وما العقد إلا سبب « محرك » لهذه الآثار ، فلم يبق للإرادة من أثر في هذا الشأن إلا أن تثير هذا السبب المحرك ، ثم تقف منه موقف التأمل المتظر^(١) .

٦٠٤ — أساس العملية : إن هيمنة الشارع في الفقه الإسلامي على آثار العقد

ترجع في الواقع إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق الماقيدين الناشئة بالعقد . وهذا المذهب الحنفي يبني تقييده لحربة الشروط العقدية على حرصه على إقامة هذا التوازن ، فيرى أن اشتراط منفعة لجانب أحد المتعاقدين يخل بالتوازن الواجب ، ويؤدي إلى النزاع ، لأنها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها ، فتشبه ربا الفضل الممنوع شرعاً .

ويشير أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبوزهرة إلى مسوغات العملية إذ يقول : « أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظاً للعدل بين الخلق ، وصوناً للمعاملات عن داعي الفساد ، ومنعاً للغرر في الصفقات ، وحسماً لمادة الخلاف بين الناس^(٢) » .

ويقول أستاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف في هذا المعنى أيضاً : « وقد حدد الشارع للعقود حدوداً . . . حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع ، ولا ينالهم منها غبن ، ولا يلحقهم بسببها غرر ، ولا يلزموا بها على غير رضا منهم واختيار ، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقة إلى اقتراف ما نهى الله عنه^(٣) » .

٦٠٥ — موقف العملية من مبدأ سلطان الإرادة : يقضي مبدأ سلطان الإرادة

بأن الإرادة هي التي تنشئ العقد وهي التي تنشأ آثاره . وهذا المبدأ فيما نرى يتعارض مع العملية في معناها الواسع دون معناها الضيق .

أما تمارض العملية بالمعنى الواسع مع مبدأ سلطان الإرادة فأمر ظاهر ، ذلك لأن

(١) الامتناع المشروع عن الوفاء للدكتور صلاح الدين التامي ، ص ٣١٦ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ، طبعة عام ٩٤٧ ، ص ٢٤٢ .

(٣) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ، ف ١٣٧ ، ص ٢٢٠ ويحذر بنا أن نشير هنا

إلى أن الفضل في لفت الأنظار إلى نظرية العملية في الفقه الإسلامي يعود إلى أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبي زهرة الذي أشار إليها لأول مرة في كتابه المشار إليه الصادر عام ١٩٣٩ .

هذه العملية تقتضى التضيق على حرية العاقدین فی تعديل الآثار الموضوعة للعقود وهي تذهب إلى أن الأصل فی الآثار أن تكون من صنع الشارع بينما يذهب مبدأ سلطان الإرادة إلى أن الأصل فی الآثار أن تكون من صنع العاقد^(١) وأن مهمة الشارع تقتصر على احتضان هذه الآثار . فالإرادة فيه تأمر والإرادة تتبنى هذا الأمر^(٢) .

أما اتفاق العملية بالمعنى الضيق مع مبدأ سلطان الإرادة فيستند إلى اتجاه إرادة العاقدین إلى تنفيذ الحكم الأصلي الذي قام الشارع بترتيبه . ويذهب الدكتور حسن ذنون إلى هذا الرأي في رده على الفائلین بوجود التعارض بين العملية ومبدأ سلطان الإرادة إذ يقول : « ونحن لا نتفق مع هذا الفريق ونرى أنه ينظر إلى هذه المسألة نظرة سطحية تقف عند مظاهر الألفاظ . حقيقة أن علماء الشريعة قالوا إن آثار العقود ترتب بحمل من الشارع ، ولكن ما هو المقصود من هذا القول ؟ يقصد بالكلام المتقدم أن الشرع « أو القانون » هو مصدر القوة الملزمة للعقود ولترتيب الالتزامات المتولدة عنها ، ومثل هذا في القوانين المدنية أن انتقال الحق المعنى يترتب على مجرد انعقاد العقد متى انصب على منقول معين بالذات ، أى أن هذا الأثر يترتب (بحمل من القانون) ومع هذا فإنه لم يقل أحد بأن في هذا الحكم مخالفة لمبدأ سلطان الإرادة أو حرية التعاقد^(٣) » .

على أننا لسنا نوافق الدكتور ذنون على حصره معنى العملية بالمعنى الضيق كما يستفاد من كلامه آنف الذكر ، ولئن ذهبنا إلى عدم التعارض في حق هذا المعنى ، فنحن نذهب كما أسلفنا إلى قيام التعارض في حق المعنى الواسع . ولقد اعترف بهذا التعارض الأصوليون الإسلاميون أنفسهم وقد جاء في الموافقات في تسوية هذا التعارض : « ولا عجب في أن يكون السبب اختيارياً رضائياً من كل الوجوه ، والسبب ليس بإرادة الشخص فقط . فإن ذلك جار كثيراً في أمور الحياة . كمن يغشى امرأته

(١) قارن الاستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهي العام ، ف ٢٥٨ ، هامش رقم ٢ ص ٢٣٩) حيث يذهب إلى أن لا فرق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي وأن الشارع في كليهما ينشئ الأثر .

(٢) La personne ordonne et la loi fait sien son ordre (٢)

ومعنى هذا المبدأ أن الأثر يترتب من الشخص نفسه أما تدخل القانون فتصور على وضع الجزاء .

(٣) محاضرات في القانون المدني للعراق للدكتور حسن ذنون ، نظرية العقد ، عام ١٩٥٦ ص ٩ .

مختاراً مريداً راغباً مشتتياً ، وهو كاره لأن يكون له منها ولد ، مع علمه بأن هذا يكون من ذلك كثيراً ، ولكن يلقي البذر في الأرض ، والأنبات ليس من عمله ، بل من عمل الرب ، ومع ذلك لم ينف هذا أن إلقاء البذر اختياري رضائي من كل الوجوه ، وإذا كان ذلك سائغاً بالنسبة للأمور الحسية ، فهو كذلك في الأمور المعنوية والقولية ، وعلى ذلك يكون معقولاً وسائغاً أن تكون العقود الشرعية رضائية اختيارية في كونها ، وآثارها من عمل الشارع الحكيم ^(١) .

الفرع الثاني

تقدير الجمالية

٦٠٦ — **تقدير الجمالية بالمعنى الواسع :** إن المبالغة التي خالطت تفسير الجمالية لدى الأصوليين قد دعت البعض إلى وصفها بأنها شطحة كلامية ^(٢) . ولقد سبق أن رأينا نظيراً لهذه المبالغة في الخط من دور العاقد في الفقه العربي لدى بونيكاز ^(٣) الذي ذهب إلى أن عمل العاقد في التصرف القانوني هو كعمل المسئول في الفعل الضار ، كلاهما لا شأن له في ترتيب الأثر ، والواقع أن استقراء الأحكام الشرعية لا يدعم الإطلاق في جملة الآثار ، على أن هذا لا يدعو إلى اعتبار الجمالية نتيجة منطقية كلامية أكثر منها نتيجة فقهية واقعية ^(٤) . إن تجاهل إرادة الأفراد في ترتيب الآثار هو كتجاهل دور القانون سواء بسواء . والواقع أن لهذه الإرادة دوراً يجب أن نقره لها ، ويجب أن نخرجها عن تواضعها الذي أراد لها المتطرفون . فالآثار في نظرنا ترتب إعمالاً لإرادة العاقد والشارع ، وإسهام الإرادة في ترتيب الآثار يختلف حسب : (١) طبيعة التشريع أو المذهب . (٢) وطبيعة العقد .

(١) راجع الماسكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ، ف ١٣٧ ، ص ٢٢٠ ؛ وانظر الموافقات للشاطبي ، ج ١ ، ص ١٥١ .

(٢) يرى الدكتور صلاح الدين النامي أن نظرية الجمالية ليست سوى شطحة كلامية ليست من الفقه في شيء « فإن الحقيقة الفقهية غير الحقيقة الكلامية ، وما كان ينبغي الخلط بينهما على هذا النحو ، وليس في منطق الأشياء ما يحول دون ترتيب الآثار على مسبباتها اكتساباً (الامتناع المشروع عن الوفاء ، ص ٣١٧) » .

(٣) راجع ما سبق ، ص ٥٩٤ .

(٤) على أن الدكتور النامي الذي ذهب إلى أن الجمالية شطحة كلامية اعترف بمجدواها عندما عزي إليها عدم بروز فكرة السبب (راجع رسالته ، ص ٣٢٩) .

٦٠٧ - (١) فالشرائع التي تقوم على أساس من المذاهب الفردية ينمو حظ الإرادة فيها في ترتيب الأثر ، ويتضاءل دور التشريع ، والشرائع التي تقوم على أساس من المذاهب الاجتماعية ينمو حظ القانون فيها في ترتيب الأثر ، ويتضاءل دور الإرادة . وضمور دور الإرادة في هذه غالباً ما يكون مرده اتساع دائرة النظام العام فيها ، ولما كانت الشريعة الإسلامية ذات صبغة اشتراكية^(١) يسخر الفرد فيها لخدمة المجموع كان طبيعياً أن تتسع فيها دائرة النظام العام^(٢) ، وبالتالي كان طبيعياً أن يعمم فيها دور الشارع في ترتيب الأثر ، وهذا ما أوضحته نظرية العملية في هذا التشريع .

٦٠٨ - وفي ظل التشريع الإسلامي نفسه يختلف دور الشارع بين مذهب وآخر ، فالذهب الحنبلي الذي أعطى للإرادة شأواً كبيراً وسلطاناً واسماً في إنشاء العقد وترتيب آثاره يضمم فيه دور الشارع في ترتيب الأثر . بينما يعمم هذا الدور في المذاهب الأخرى التي قيدت من سلطان الإرادة وحصرته في دائرة ضيقة .

٦٠٩ - (٢) وأخيراً كما يختلف دور الإرادة في ترتيب الأثر من تشريع إلى آخر ، حسب نزعة الفردية والاجتماعية ، يختلف هذا الدور نفسه في ظل تشريع معين من هذه التشريعات بين عقد وآخر .

(١) « وهذه النزعة أو الطابع الجماعي للفقه الإسلامي نجده واضحاً فيها جاء به الإسلام من عبادات كما هو واضح فيما أتى به من أحكام المعاملات التي نراها في الحياة العملية (الدكتور يوسف موسى ف ٢٠٣ ص ١٤٢) »

(٢) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٨٢ : « إن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في الفقه الغربي ، فتجريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر ، يوسعان كثيراً من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي . كذلك نظرية الشرط المقتن بال عقد نزيد في توسيع الدائرة إلى حد بعيد . فالأصل إذن في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظام العام ، إلا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تصيق من هذه الحرية .

وجاء في الجزء الخامس من نفس المرجع ، ص ١١١ : « إن فكرة الغرر قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي ، فهي أبعد مدى منها في الفقه الغربي ، وقد رأينا في الفقه الإسلامي تطبيقاتها الكثيرة في المحل المعلوم والمحل غير المعين ، وسنرى لها تطبيقاتاً أخرى في الشروط الفاسدة . يضاف إلى فكرة الغرر فكرتان أخريان وسمتا كثيراً في الفقه الإسلامي من دائرة النظام العام والآداب عما هي في الفقه الغربي :

١ - فكرة الشروط الفاسدة وهي مسألة تتصل بالصناعة الفقهية .

٢ - وفكرة الربا وهي مسألة تتصل بالنظم الاقتصادية والاجتماعية .

ففي عقد الزواج مثلاً حيث يهيمن النظام العام على أحكام العائلة ، يكاد الشرع يفرد في ترتيب آثار المقد دون الإرادة ، وتكاد تكون تمبيرات النكاح والطلاق وقائع قانونية تنفد آثارها بصرف النظر عن الآثار التي يهدف إليها عاقدها^(١) .

ويرى أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة أن عقد النكاح هو المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الجمعية فهو يقول : « ولو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا بأن يؤخذ بها جملة من غير تردد في النكاح . فإن الأسرة لمكانها من الحرمة ، ولما يجب لها من الصيانة ، ولما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ، ويرتب الأحكام التي تنشأ عنه ، وإن ذلك يدعو إليه الاجتماع ؛ فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات ، ولا يصح أن تسيطر فيها الرغبات ، ومن ورأها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها ، الناقضة لبنينها ، المقوضة لأركانها ... »

أما بالنسبة للمعقود المالية ، فالذي نراه أنه يجب أن يكون لإرادة الماقدین سلطان في تكوين آثارها لأنه لا خطر في جعل هذا السلطان للإرادة ما دام لم يخالف أمراً مقررأ في الشريعة ثبت بقياس ، أو أثر مشهور ، أو نص قطعي ، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالمعقود والمهود ، ولا شك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها ، والمدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيما ينفذه بمقتضى تعهده ، وبمقتضى العقدة التي عقدها ، وفرق بين النكاح والمعقود المالية ، فإن الأفضاع الأصل فيها الحرمة ، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح ، فكان لابد من أن يكون السلطان في آثار النكاح للشارع نفسه . أما المعاملات المالية ... فالأصل فيها الحل حتى يقوم الدليل على الحرمة ولا شك أن الإرادة في الأمور التي تكون من هذا القبيل لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام في جعل الرضا أساساً لنقل الحقوق وإسقاطها^(٢) . »

ونحن نؤيد أستاذنا الجليل في دعوته إلى إعطاء الإرادة سلطانها في ترتيب آثار

(١) إن مؤدى قانون الوقائع القانونية أن « يعمل الفرد والقانون يأمر » وحيث لا توجد إرادة تلتزم بل سلطة تلزم ، وفي هذا النطاق لا يغير تدخل الماقد شيئاً ذلك لأن تدخله غير لازم لترتيب حكم القانون فهو من قبيل التريد الذي لا يعتد به .

(٢) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ، ف ١٣٩ ، ص ٢٢٢ — ٢٢٣ .

العقود المالية وزى فى الوقت نفسه السماح للعاقدين فى عقد النكاح باشتراط ما يمثل مصلحة جديفة لها تأتلف مع الغاية التى حددها الشارع لعقد الزواج وهو إنشاء رابطة للحياة المشتركة .

وعلى ضوء هذه الغاية زى أن لا يقبل شرط المرأة على الرجل عدم السفر بها ، ذلك لأن هذا الشرط — إذا كان يمثل فى الماضى مصلحة جديفة للمرأة ، لتيسر الانتقال — فقد غدا اليوم غير مقبول أمام تقدم وسائل المواصلات التى تيسر للزوجة سبيل الاتصال ببلدها وأهلها . عدا أن هذا الاشتراط يحل بمفهوم التضامن الزوجى . وقد أشار أستاذنا الجليل محمد أبو زهرة إلى مساوىء هذا الاشتراط إذ يقول : « لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً ، والوفاء بها لازماً ، لاضطربت الحياة الزوجية أيماء اضطراب . ولنضرب لذلك مثلاً ، شرطاً وهو ألا ينقلها من بلدها . فإذا كانت مثلاً فى القاهرة لا ينقلها إلى طنطا أو أسىوط ، أو أسوان فإذا اضطره عمله إلى الإقامة فى أسوان فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجته وولده إليها وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام ، هى فى الشمال وهو فى الجنوب ، لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس ، فأى زواج هذا ؟! ^(١) »

أما الأنواع الأخرى من الشروط التى تمثل مصلحة جديفة للمرأة ، كما لو اشترطت على الرجل ألا يتزوج عليها . فنرى وجوب احترامها ذلك أن إهدار هذا الشرط وفسح المجال للرجل للإخلال به يفضى إلى إهدار مصلحة جديفة للمرأة التى أعلنت عن رغبتها صراحة عند التعاقد ، والتى دلت على رغبة أكيدة لديها فى الاستئثار بزوجها ، وهو من جهة أخرى يفضى إلى تشجيع الأفراد على النكث بالعهد الذى تأباه الشريعة الإسلامية الآمرة بالوفاء بالعقود .

هذا وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السورى الصادر فى ١٧/٩/١٩٥٣ بمذهب الحنابلة وفتح الباب رحباً أمام الشروط العقدية فى النكاح فقد جاء فى مذكرته الإيضاحية (ص ٥) :

« ولما كان المذهب الحنفى لا يعتبر الشروط فى الزواج ، وكان من الضرورى مراعاة الشروط التى تنظم الحياة الزوجية كاشتراط إسكان الزوجة فى مكان معين ،

(١) أحكام الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبى زهرة ، قسم الزواج ، ف ١٢٩ ، س ١٥٦ .

أو عدم الزوج عليها ، فقد مشى المشروع على قاعدة في الشروط استمدها من أقوال الحنابلة « جاء في المادة ١٤ من القانون المذكور « وإذا قيد [عقد النكاح] بشرط يلزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ، ولا تمس حقوق غيرها ، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً .

وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة ، أو يمس حقوق غيرها ، كان الاشتراط صحيحاً ، ولكنه ليس بملزم للزوج ، فإذا لم يف الزوج به ، فللزوجة المشتربة طلب فسخ النكاح .

٦١٠ — تقرير الجمعية بالغنى الضيق : إن كانت الجمعية بالمعنى الواسع عامل تأخر في المذاهب التي أغرقت في التمسك بها في الفقه الإسلامي ، فإن الجمعية بمعناها الضيق كانت عامل تقدم . وإليك فيما يلي ما تقدمه من ثمرات في مجال التنظيم الوضعي وهي :

(١) الاستثناء عن التزام البائع بنقل الملكية .

(٢) الاستثناء عن نظرية السبب .

(٣) تفسير ظاهرة النيابة .

٦١١ — الجمعية وانتقال الملكية بمجرد العقد : إن الثمرة الأولى لنظرية الجمعية نجدها في انتقال الملكية بمجرد العقد في الفقه الإسلامي^(١) فبفضل قيام الشرع بهذا النقل استطعنا أن نستغنى عن التزام البائع بنقل الملكية ، وما كان يستتبعه من إجراء شكليات معقدة ، كان يرزح تحتها هذا الالتزام في ظل القانون الروماني .

لقد كانت العقلية الرومانية اللادينية قاصرة عن تصور انتقال الملكية بمجرد الارتباط القانوني ، بل كان لابد لهذا الانتقال عندهم من أمر محسوس ينضوي في إحدى الإجراءات الشكلية المروفة في القانون الروماني ، وهي الإشهاد Mancipacio أو التنازل القضائي in Jure cessio ، أو التسليم Traditio ، وكان التسليم هو أهم هذه الطرق الثلاثة .

(١) م ٣٦٩ من المجلة حكم البيع المتعدد انتقال الملكية بمعنى ضرورة المشتري مالكا للبيع ، والبائع مالكا للثمن .

ويمثل البعض^(١) ذلك بأن حق التملك كان مقصوراً على الروماني ، أما غير الروماني فلم يكن له الحق في أن يملك أى شيء ، ولما كانت ضرورة الحياة تستلزم التعامل مع غير الرومانيين ، اضطر الرومان إلى جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشتري من الانتفاع بالبيع فقط ، وبذا يسهل التعامل مع غير الرومان ، فلا تضيق دائرة المعاملات. وعندى ، أن مرد هذا القصور في التصور ليس قصر حق التملك على الرومان ، بل هو النزعة إلى التمويل على الأمور الحسية الظاهرة في المجتمع الروماني^(٢) ولا دينيته^(٣) ، فكان طبيعياً أن لا يفقه الرومان انتقال الملكية من تلقاء ذاتها ، وأن يستلزموا أمراً حسياً من العاقد لنقلها .

أما الفقهاء المسلمون الذين أوحى إليهم الدين الحنيف بوجود قوة سماوية علوية قادرة على أن تقول للشيء كن فيكون ، فقد استطاعوا أن يموا انتقال الملكية بدون تدخل العاقد ، وتسنى لهم أن يقرروا أن الملكية تنتقل بمجرد العقد يجعل من الشارع ، وأن ليس للعاقد إلا إيجاد السبب [العقد] ، الذي يحصل السبب [نقل الملكية] عنده ، لا به^(٤) .

هذا ويلاحظ أن الفكر الأوروبي لم يستيقظ من تقليده الأعمى للقانون الروماني ، الذي يعتبر انتقال الملكية التزاماً على عاتق البائع ، إلا في القرن الثامن عشر ، وعلى يد الفقيهين بورجون Bourjon وآرغو Argou اللذين كانا أول من نادى بوجود الأخذ بمبدأ انتقال الملكية بمجرد التعاقد . ومن هذا يبين أن الفكر الأوروبي قد اهتدى إلى ما سبق أن اهتدى إليه الفكر الإسلامي بأحد عشر قرناً .

على أن القوانين الأوروبية الحديثة — وما يدور في فلكها — كالتقانونين المصرى والسورى — رغم اعتدادها بملاحظة الفقيهين المذكورين ، واعتبارها

(١) كولان وكايتان ، ج ٢ ، ف ٥٠٨ .

(٢) لمهرنغ ، روح القانون الروماني ، ج ٣ ، ص ٢٠١ .

(٣) أصبحت المسيحية ديناً رسمياً للإمبراطورية الرومانية في حكم قسطنطين (٣٠٦ — ٣٣٧) .

(٤) الموافقات للشاطي ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

الملكية منتقلة بمجرد العقد ، فإنها ما تزال تنص في أحكامها على أن انتقال الملكية هو التزام عقدي مترتب في ذمة البائع^(١) .

وقد أثار اعتبار انتقال الملكية التزاماً إلى جانب اعتباره منفذاً من تلقاء نفسه ، استهجان الفقهاء واستغرابهم^(٢) ذلك لأن الالتزام بنقل الملكية قد غدا التزاماً أجوف لا حاجة لذكره ما دام القانون نفسه قد أخذ على عاتقه تنفيذه . وأول فقيه أوروبي فطن إلى عدم جدوى ذكر هذا الالتزام هو الفقيه بونيكاز الذي تم عمل الفقيهين بورجون وآرغو ، وكان أول من نادى بوجوب حذف هذا الالتزام الموهوم . وحسبنا أن نقول ، بعد هذا الحذف ، أن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذي رتب الأثر . أي أن الفقيه بونيكاز يدعو إلى ما تؤدي إليه نظرية العملية الإسلامية .

وهكذا وعلى يد الفقيه بونيكاز قد انتهى الفقه الأوروبي إلى ما ابتدأ به الفقه الإسلامي منذ أربعة عشر قرناً ! ...

٦١٢ — العملية ونظرية السبب : سبق أن رأينا أن أنصار السبب في الفقه الغربي يرون أن لكل التزام سبباً ، أي غرضاً مباشراً يسمى الملتزم إلى الوصول إليه من وراء التزامه .

وإذا عرفنا أن فكرة الحكم الأصلي في الفقه الإسلامي تحقق إلى حد كبير الأغراض المباشرة التي يهدف العاقدان إلى الوصول إليها ، أي نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ونقل ملكية الثمن إلى البائع ، أدركنا إلى أي مدى استطاع الفقه الإسلامي أن يستغنى عن فكرة السبب التي تمسك بها أنصارها في الفقه الغربي .

(١) م ٢٠٥ سوري (٢٠٤ مصري) « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

(٢) وقد لاحظ أستاذنا الجليل الدكتور سليمان مرقس بحق « أن هذا الحكم الذي نصت عليه المادة / ٢٠٤ / يبدو غريباً من حيث أنه يجعل الالتزام منفذاً من وقت نشوئه أي أنه يقرر أن الالتزام بنقل حق عيني على منقول معين بالذات ينشأ وينقضي في وقت واحد ، أي أنه يولد ويموت في اللحظة ذاتها ، وأنه بالرغم من موته بمجرد ميلاده يتخلف عنه أثر في غاية الأهمية هو انتقال حق عيني من الملتزم بنقل هذا الحق إلى دائئه . ولم يصل القانون دفعة واحدة إلى هذا الحكم الذي تبدو غرابته ، بل كان ذلك نتيجة تطور طويل ... (أحكام الالتزام للدكتور سليمان مرقس ، ص ٤٣) » .

أما كيف تنفي فكرة الحكم الأصلي عن فكرة السبب فمرجع ذلك إلى التنفيذ الفوري للحكم ، والذي يقوم به الشارع فور ارتباط الإيجاب بالقبول .

إن انتقال ملكية المبيع إلى المشتري ، وانتقال ملكية الثمن إلى البائع ، ينقدحان في البيع بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول . وهذا الانقذاح يتم حكماً بإيعاز من الشارع ، كما ينقدح ضوء المصباح من مجرد التقاء شطري السلك الكهربائي^(١) .

هذا وإذا عرفنا أن نقل ملكية المبيع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع هما الأثران الرئيسيان للذان ينفي الماقدان تحقيقهما . وإذا عرفنا أيضاً أن الشارع هو الذي ينفرد في هذا التحقيق فور انتهاء الماقدين من إيجاد الصيغة الشرعية الصالحة . أدركنا مدى زهد الفقه الإسلامي بإيجاد مؤسسة السبب لتحقيق أغراض الماقدين المباشرة مادامت جملة الآثار في الفقه الإسلامي قد قامت فعلاً بتحقيق هذه الأغراض . وتأتي نظرية التوازن والتكافؤ في المراكز التعاقدية لتكمل عمل نظرية الجملة ؛ وأول خطوة في تسوية هذه المراكز التعاقدية تتم عن طريق المشتري ، فإدام الحكم الأصلي قد نقل إلى البائع حقاً شخصياً هو ملكية الثمن ، وما دام قد نقل حقاً عينياً إلى المشتري هو ملكية المبيع ، وما دام هذا الحق العيني يتمتع بامتيازات لا تتوافر في ذاك ، وجب على المشتري أن يعيد هذا التفاوت في المراكز التعاقدية إلى نصابه السوي ، فيلزم أولاً بدفع الثمن .

جاء في البدائع « وليس للمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع ، إذا كان المبيع حاضراً ، لأن البيع عقد معاوضة ، والمساواة في المعاوضات مطلوبة المتماوضين عادة ، وحق المشتري في الثمن لم يتمين إلا بالمقد ، لأن الثمن في الذمة ، فلا يتمين بالتمين إلا بالقبض ، فيسلم الثمن أولاً ليعتمين ، فتحقق المساواة^(٢) » .

وإذا ما ألزم المشتري البائع أن يسلم المبيع بعدها فليس سبب التزامه هو التزام المشتري بدفع الثمن ، بل لأن احتفاظه بالمبيع يؤدي إلى اختلال المراكز التعاقدية ؛

(١) فكما أن الطاقة الكهربائية المولدة للنور تأتي من المولد الكهربائي الخارج عن السلكين ، فكذلك نقل الملكية من البائع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع مرجعهما الشارع لا الماقد .
(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٧ .

ذلك لأنه أصبح في حوزته الثمن والمبيع في الوقت الذي يملك فيه المشتري المبيع دون أن يحوزه ، فتحقيقاً للتكافؤ بين مركز البائع والمشتري يلزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري . هذا وإذا كان الثمن عيناً ، لم يلزم المشتري بالدفع أولاً ، لأن المقد ولد حقين عينيين أحدهما للبائع والآخر للمشتري ، فيلزمان بالتسليم معاً . جاء في البدائع : « ولو تبايعا عيناً بمعين ، سلماً معاً ، لما ذكرنا أن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة المتعاضدين عادة ، وتحقيق المساواة ههنا في التسليم معاً ، ولأن تسليم المبيع مستحق ، وليس أحدهما بتقديم التسليم أولى من الآخر ، ولأن كل واحد منهما مبيع فيسلمان معاً^(١) » .

٦١٣ - الجعلية وتفسير ظاهرة النيابة : لقد حار الفقه الأوروبي الحديث في تفسير ظاهرة انصراف آثار العقد الذي يجريه النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة ، وذهب مذاهب شتى في تحليل هذه الظاهرة .

ولقد رأينا أن أحدث الآراء وأصحها في الأنظار القانونية هي نظرية دوغى ومدراى ، التي تذهب إلى أن القانون هو الذي يسند إلى الأصيل آثار التصرف الذي يبرمه النائب ؛ لأن القانون أصلاً هو الذي يرتب الآثار على التصرفات القانونية ، ومعنى هذا أن أحدث الآراء القانونية قد انتهى إلى ما ابتدأ به الفقه الإسلامى منذ ثلاثة عشر قرناً .

إن فكرة الجمالية هي التي سمحت للفقه الإسلامى أن يقر مبدأ النيابة . هذا المبدأ الذى لم يتقبله الفقه الغربى إلا حديثاً . إن الفقه الإسلامى قد بز في إقراره لهذا المبدأ « القانون الرومانى الذى لم يصل فى أية مرحلة من مراحل تطوره إلى إقرار مبدأ النيابة إقراراً كاملاً ، كما فعل الفقه الإسلامى^(٢) » . لقد أقر الفقه الإسلامى النيابة كاملة ، وجعل العلاقة مباشرة بين الموكل والغير فى كل من حكم العقد وحقوقه جميعاً . وأخفى شخص الوكيل من بينهما (الفقه الشافعى) كما هو الأمر فى الفقه الغربى فى أحدث مراحل تقدمه ، بل إنه سجل تقدمه على الفقه الحديث حين قضى بانصراف آثار عقد الوكيل إلى ذمة الأصيل ولو أضاف العقد إلى نفسه مادامت هذه هي الصورة العملية الغالبة . أما السر الذى جعل الفقه الإسلامى يسبق الزمن ويبرز القانون

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٨ .

(٢) مصادر الحق للسنهورى ، ج ٥ ، ص ٢٤٨ .

الرومانى ، بل ويسجل تقدماً على الفقه الغربى حتى بعد أن خطا هذا خطواته الواسعة فى مدارج التقدم . أقول إن السر فى ذلك يرجع إلى نظرية الجملىة وفكرة الحكم الأصلى ، اللتى نسجل للفقه الإسلامى مدى ما قطفه منهما من ثمار .

لقد كان منطق القانون الرومانى فى نظرية الالتزام لا يستسغ مبدأ النيابة ، وآية ذلك أن الرومان إذ كانوا ينظرون للالتزام على أنه رابطة بين شخصين ، لم يكن سهلاً عليهم تصور انصراف آثار هذا الالتزام إلى غير ذمة منشئيه .

أما الفقه الإسلامى الذى كان ينظر إلى الالتزام على أنه علاقة بين ذمتين ، لا بين شخصين ، فقد كان سهلاً عليه قبول مبدأ النيابة^(١) .

أضف إلى ذلك أن قيام الفقه الإسلامى ، على التصرف الشرعى كأساس لصناعته الفقهية ، قد مكّنه من تقبل فكرة النيابة . والخلاصة إن هناك عوامل ثلاثة قد أسهمت فى إقرار النيابة فى الفقه الإسلامى وهى :

(١) إن الفقه الإسلامى فقه عملى .

(٢) إن التصرف فيه وسيلة يتذرع بها للوصول إلى الغايات العملية التى يصبو إليها الماقدان .

(٣) إن الشرع هو الذى يرتب الأثر .

لهذه الأسباب مجتمعة ، لم يجد الفقه الإسلامى ما يمنع من أن يترتب الأثر فى ذمة شخص غير مشترك فى التصرف ، وبعبارة أخرى ليس ثمة ما يمنع من أن يحدد الشرع الطرف الذى يضاف إليه الأثر ، ما دام صاحب الشأن قد أراد ذلك ، كما هو الحال فى الوكالة . أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية الشرع ، كما هو الأمر فى النيابة الشرعية^(٢) .

فنطق الفقه الإسلامى لا يمنع إذن من أن يمتد أثر التصرف إلى من لم يشترك فى تسكوينه ، مادامت الضرورة قد قضت بذلك . ولئن كان الأصل فى الفقه الإسلامى

(١) راجع ما سبق ، ف ه ، وما ب .

(٢) النيابة فى التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسى بدر ، ص ١٧٥ — ١٧٦ .

(٣٨ — التعبير عن الإرادة)

أن يعتمد أثر التصرف إلى عاقده ، كما قال الزيلعي : « الوكيل أصل في العقد فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له ^(١) » . وقال الكاساني : « الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن عقدة كلامه القائم بذاته ، وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً ، لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعاً ^(٢) » . غير أن الضرورة تتيح لهذا الفقه — الذى لم يتقيد بأغلال نظرية الالتزام — أن يقبل انتقال حكم العقد إلى شخص لم يشترك في إبرام العقد . ويشير صاحب تبين الحقائق إلى هذه الضرورة فيقول بعد أن قرر أن الأصل في العقد أن ينصرف أثره إلى عاقديه :

« غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم ، جعلناه نائباً في حق الحكم للضرورة ، كي لا يبطل مقصوده ، وراعيها الأصل في الحقوق ، إذ لا ضرورة في حقها ^(٣) » .

وهكذا فقد استطاع الفقه الإسلامى ، الذى لم يتقيد بقيود نظرية الالتزام الرومانية ، التى تنظر للالتزام على أنه رابطة بين شخصين ، أن يستسيغ ترتيب أثر العقد في ذمة شخص لم يشترك في تكوينه ؛ عندما قضت الحاجات العملية بهذا الخروج عن الأصل ^(٤) .

(١) الكنز ، نقلا عن تبين الحقائق ، ج ٤ ، ص ٢٥٦ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ٣٣ — ٣٤ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) أشار أستاذنا السهوى إلى ثلاثة أسباب ، لهدم تسليم القانون الرومانى بانصراف أثر العقد إلى الأصل دون النائب :

(الأمر الأول) ما تركته الأوضاع والشكليات في العقود من أثر تخلف عنها ، فقد كان العقد الشكلى في القانون الرومانى لا يباشره إلا العاقد نفسه ، ولا ينصرف أثر العقد إلا إلى من باشره ؛ لأنه هو الذى يقوم بالأوضاع والأشكال التى يتطلبها العقد . فكان من الصعب التسليم ، أن شخصاً يقوم بما يستوجبه العقد من شكليات ، ثم ينصرف أثر العقد إلى غيره ، فإن الشكليات لا تجوز النيابة فيها . وعندما تحررت الإرادة من الشكلية في بعض العقود ، بقى مع ذلك هذا الأثر ولم يسلم القانون الرومانى جواز النيابة في التعاقد .

(الأمر الثانى) إن الالتزام في القانون الرومانى كان رابطة شخصية محصنة ، فإذا نشأت هذه الرابطة بين الشخصين اللذين باشرا العقد ، فقد كان من الصعب التسليم أنها تمتد إلى شخص ثالث يعتبر هو الأصل ، مع زوالها عن النائب وهو أحد الشخصين الأصليين اللذين عقدت بينهما الرابطة =

وامتداد أثر التصرف إلى من لم يشترك في تكوينه أمر مألوف في منطق الفقه الإسلامي ، فقد جاء في العناية في التدليل على صحة انصراف الحكم إلى الأصيل في النيابة « ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب ، كالمبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد ، فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب ^(١) » .

== (الأمر الثالث) إن التسليم بفكرة النيابة يقتضى الفصل بين العلة والمعلول ، فالمعلول يترتب في شخص من باشر العلة ، والنيابة تستلزم أن يباشر النائب العلة ، وأن يترتب المعلول في شخص الأصيل (راجع مصادر الحق ، ج ٥ ، ص ١٩٧) .

(١) تكملة فتح القدير ، ج ٦ ، ص ١٨ .

الفصل الثالث

القوة الملزمة للعقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٦١٤ - نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون المدني السوري على أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون » ومؤدى القاعدة التي استتلت بها هذه الفقرة أن الالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من القانون فكما أن القانون يحول بين الأفراد والتحلل من الالتزامات التي يفرضها عليهم ، فكذلك العقد لا يجوز لأحد طرفيه أن يتحلل بمحض مشيئته مما ينشئه من التزامات بل إن سلطان العقد ليفوق سلطان القانون في نطاق الأحكام القانونية المفسرة فهذه الأخيرة تحجم عن الإلزام إذا ما أقدم العاقدان على تنظيم علاقتهما العقدية وفق مشيئتهما في حدود النظام العام والآداب .

٦١٥ - هذا وقد رسم القانون الحدود التي يتاح فيها للعاقدين التنصل من قانونهما وهي حدود تستند إلى إرادتهما المشتركة حيناً ، وإلى طبيعة العقد ، ومقتضيات العدالة حيناً آخر .

أما عن الحالات التي يجوز فيها لأحد العاقدين أن يستبد بنقض العقد بالاستناد إلى طبيعته فممثلها ما نصت عليه المادة ٤٩٧ (٥٢٩ مصرى) فيما يتعلق بعقد الشركة ، والمادة ٥٣١ (٥٦٣ مصرى) فيما يتعلق بالإيجار ، والمادة ٦٦٠ (٦٩٤ مصرى) فيما يتعلق بعقد العمل ، والمادة ٦٨٨ (٧٢٢ مصرى) فيما يتعلق بعقد الوديعة ، والمادتين ٦٨١ و ٦٨٢ (٧١٥ ، ٧١٦ مصرى) فيما يتعلق بالوكالة .

أما عن الحالات التي استند فيها القانون إلى مقتضيات العدالة في تحويلة لأحد العاقدين أو للاقاضى سلطة تعديل العقد أو نقضه فممثلها ما نصت عليه المادة ٢/٣٤٤

سورى (٢/٣٤٦ مصرى) من تحويل القاضى سلطة منح المدين نظرة اليسرة إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من تأجيل حقه ضرر جسيم . ومن هذا القبيل السلطة التى تحولها المادة ٢٢٥ (٢٢٤ مصرى) القاضى فى خفض قيمة الشرط الجزائى إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، والسلطة التى تمنحه إياها المادة ١/٦٧٥ (١/٧٠٩ مصرى) فى تعديل أجر الوكالة المتفق عليه بين الطرفين ، وحق الواهب فى الرجوع عن الهبة فى أحوال معينة المادة ٢/٤٦٨ (٢/٥٠٠ مصرى) وحق ورثة المستأجر فى أن يطلبوا إنهاء العقد بشروط معينة المادة ٥٦٨ و ٥٦٩ (٦٠٢، ٦٠١ مصرى) وحق المستأجر نفسه أو المؤجر أحياناً فى ذلك ٥٧٠ و ٥٧٥ و ٥٧٦ (٦٠٣ و ٦٠٨ و ٦٠٩ مصرى) وأخيراً حالة الظروف الطارئة التى نص عليها الشرع بصفة عامة فى المادة ٢/١٤٨ (٢/١٤٧ مصرى) (١) .

٦١٦ — القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى : طبيعى أن نجد فى الفقه الإسلامى نظيراً لتلك القاعدة التى ألقيناها فى القانون المدنى السورى ما دامت هذه القاعدة تستند إلى أساس أخلاقى وما دام الفقه الإسلامى يستند فى أحكامه إلى شريعة دينية آمرة بالحفاظ على العهد واحترام الكلمة المطاة ؛ وإلى هذا تشير الآيتان الكريمتان : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » وهما يعتبران بحق دستوراً للقوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى .

٦١٧ — مدى القوة الملزمة : على أن هذه القوة الملزمة ليست مطلقة فى الفقه الإسلامى شأنها فى ذلك شأن القانون الوضعى وإنما هى مقيدة بحق الرجوع الذى قرره الشارع لصاحب الخيار فى الخيارات المعروفة ، ولأحد الماقدين فى العقود غير الملزمة . الأمر الذى دعا بعض الباحثين إلى وصم القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى بالوهن والتخلف عن مثيلتها فى القانون الرومانى . فقد جاء فى رسالة النظرية العامة للالتزامات للدكتور شفيق شحاته ، بعد أن عدد المواطن التى سبق فيها الفقه

(١) راجع نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ٦٦١ ، ص ٣٣٣ . وانظر أيضاً رسالة تكييف العقود للدكتور أحمد زكى الشيق ، عام ١٩٤٤ ، ص ٣١ .

الإسلامى القانون الرومانى : « إن الفقه الإسلامى قد تأخر عن التشريع الرومانى فى ضعف القوة الإلزامية للارتباط المقدى^(١) » .

وجاء فى محاضرة للدكتور م . أميريان ألقاها فى معهد القانون المقارن عن مدى استمداد القانون المدنى الإيرانى من القانون المدنى الفرنسى : « إن الحق فى عدم احترام الإرادة الخاصة ، هو أوفى حظاً فى الفقه الإسلامى منه فى القانون الفرنسى » .

٦١٨ — تقرير هذا الرأى : ونحن نرى أن هذه الدعوى هى محل نظر للأسباب الآتية :

(١) أما عن الخيارات فنحن لا نرى أن وجودها فى الفقه الإسلامى بموهن بالقوة الملزمة للمقد ، ذلك أن هذه الخيارات ، إما أن تكون تعاقدية : نكحيار الشرط ، والتعيين ، والنقد . وهذه لاتقبح فى القوة الملزمة للمقد لأنها نشأت بإرادة المتعاقدين . وإما أن تكون شرعية : نكحيار العيب والتدليس ، والتغير ، وفوات الوصف ، وتفرق الصفة . وهذه الخيارات لها شبيه فى حق الإبطال وحق الإجازة الممنوحين فى القوانين الحديثة لمن شئبت إرادته بعيب من عيوب إرضا من إكراه ، أو غلط أو تدليس ، أو استغلال . (راجع المواد ١٢١ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، ١٣٠ ، ٤١٢ ، ٤١٥ من القانون المدنى السورى) .

وهذا النوع من الخيارات الشرعية لايمس القوة الملزمة للمقد فى الفقه الإسلامى ، لأن المقد ذا الإرادة المهيضة قين بأن تكون قوته الملزمة مهيضة مثله ، إلى أن يتقرر مصيرها بالإمضاء أو بالإبطال .

أما خيار المجلس ، واهله يأتى فى مقدمة الخيارات التى دعت الباحثين إلى النتيجة التى انتهوا إليها من ضعف القوة الملزمة للمقد فى الفقه الإسلامى — فهو إلى جانب كونه محصوراً فى المذهبين الشافعى والحنبلى والمذهب الشيعى الذى استمد القانون

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ، ف ٢٨٥ ،

المدنى الإيرانى نظرية خيار المجلس منه فى المادة ٣٩٧^(١) - فإن له ما يسوغه فى المذهب الشافعى فى عدم اشتراطه لسماع كل من العاقدین كلام الآخر^(٢) .

(ب) أما المقود غير اللازمة فى الفقه الإسلامى فلها نظائر فى القوانين الحديثة ومنها القانون المدنى السورى الذى يسمح لأحد العاقدین فيها أن يستقل بنقضها بإرادته المنفردة كالمقود الزمنية غير معينة المدة التى سلف أن أشرنا إليها والتي اقتضت طبيعتها أن ينص المشرع فى شأن كل منها على أن يكون لأحد عاقدیها أن ينهيا بإرادته المنفردة^(٣) .

(ج) أضف إلى ذلك أن تخلف نظرية الفسخ يسهم فى دعم القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى وقد جلا ذلك الدكتور جلال عبده فى رده القيم على ما ذهب إليه الدكتور م . أمیریان من أن القوة الملزمة للعقد فى القانون الفرنسى أمتن منها فى القانون المدنى الإيرانى المستمد من الشريعة الإسلامية .

يقول الدكتور عبده : « إن النتيجة التى وصل إليها الدكتور م . أمیریان هى صحيحة إلى حد ما . فى الواقع يبدو أن القانون المدنى الإيرانى لم يعلق أهمية كبرى على اقتران الإرادتين ، ما دام يسمح للبائع أو المشتري بالرجوع عن كلامه بعد انعقاد وما دام فى مجلس العقد . بيد أننا نعتقد أن الاستناد إلى خيار المجلس ، لا يسمح بالقول بأن القانون الفرنسى أكثر احتراماً للعهد المقطوع من القانون الإيرانى ذلك لأن المادة ١١٨٤ من القانون الفرنسى تذهب إلى أن « الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً فى المقود الملزمة للجانبين فى حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما فى ذمته من التزام » . أن إمكانيةً للفسخ كهذه لم يقرها المشرع الإيرانى إلا فى حدود ضيقة جداً . فى الواقع إن فسخاً كهذا غير ممكن فى القانون الإيرانى إلا فى الحالتين الآتيتين :

الأولى : حالة بيع شىء معين بالذات ، إذا مضى ثلاثة أيام على انعقاد العقد دون

(١) فارت الأستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهى العام ، ف ١٩٦ ، ص ٢٧٥) حيث أشار إلى أن « القضاء فى جميع البلاد الإسلامية اليوم » على عدم الأخذ بخيار المجلس . والواقع أن هذا الخيار معترف به فى المادة ٣٩٧ من القانون المدنى الإيرانى كما أشرنا فى المتن .

(٢) راجع ما سبق ، ف ١٢٧ ، هامش ص ١١٧ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٦١٥ .

أن يسلم البائع المبيع ودون أن يدفع المشتري الثمن ؛ على أن المادة ٤٠٢ تستثنى الحالة التي تحدّد فيها مدة لتسليم الشيء أو دفع الثمن .

الثانية : حالة استحالة تنفيذ العقد حيث يكون للعقد الحق بطلب الفسخ .

وفيما عدا هاتين الحالتين الاستثنائيتين فإن العقد لا يستطيع أن يفسخ العقد ، حتى ولو لم ينفذ العقد الآخر التزمه وهو ملزم بأن يقتصر على طلب التعويض إذا تعذر التنفيذ الجبري (م ٢١٩ ، ٤٢٠ وما يليها) .

إن هذا الحل يسوغه حرص المشرع على استقرار التعامل . وإن هذه النتيجة التي قررناها هنا والتي تتعارض مع ما انتهى إليه م . أميران تزداد أهميتها إذا عرفنا أن حالات خيار المجلس ليس لها تطبيقات عملية ، بينما نجد أن ثمة تطبيقات يومية عديدة للمادة ١١٨٤ من القانون الفرنسي ، وفيما عدا ذلك ، فإننا إذا أخرجنا نظرية الظروف الطارئة من نطاق القانون الإداري إلى مجال القانون المدني ، فإن ذلك لاشك مفض إلى ترزعزع القوة الملزمة للعقد في القانون الفرنسي إلى درجة كبيرة^(١) .

ونضيف إلى ما ذكره الدكتور عبده أن استقلال الإرادة عن غرضها في الفقه الإسلامي — تبعاً لعدم أخذها بنظرية السبب — هو الذي منح الإرادة قوتها في هذا الفقه ، وهو في هذا يفترق عن القانون المدني السوري ويلتقي مع القانون المدني الألماني ، ذلك لأن الأول يربط الإرادة بغرضها ، تبعاً لأخذها بنظرية السبب وعلى ذلك فقد منح الدائن حق الفسخ عند عدم التنفيذ ، لتخلف الغرض ، فألحق ذلك ببعض الوهن بالقوة الملزمة للعقد . أما القانون الألماني ، فهو لم يقر هذا الحق للدائن — تبعاً لعدم أخذها بنظرية السبب — فالإرادة فيه تستمد قوتها من ذاتها ، ولا يؤثر تخلف الغرض — وهو مادة الإرادة — في هذه القوة ، ذلك لأن قانون الواجب — وهو الدافع الحقيقي للإرادة الخالصة — يبقى سليماً نافذاً بأمر بالتنفيذ^(٢) . « فالبدأ في ظل

(١) راجع العنصر النفسي في العقود وفق المفهوم الإيراني (بالفرنسية) تأليف الدكتور جلال عبده ، رسالة قدمت لنيل الدكتوراة من جامعة باريس عام ١٩٣٧ ، ص ١٨٦ — ١٨٧ .

(٢) فلاة ، ف ٢٧ ، ص ١٠١ . ويقول شوفالييه في هذا المعنى : « إن الاهتمام الأكبر لواضح القانون الألماني كان موجهاً لإعطاء المتعاقد الذي يشكو من عدم تنفيذ الطرف الآخر ، الوسائل الجديدة لاقتضاء التنفيذ من هذا الأخير .. فعلى العكس من القانون الفرنسي ، يعتبر =

الفلسفة السكتية التي أوحى بقانون الواجب يقضى « بأن يكون الإنسان جندياً للواجب لا متطوعاً له » بمعنى أنه يتمين عليه أن ينفذ هذا الواجب بصرف النظر عن أى اعتبار عملي آخر وإن تحقيق هذا المبدأ ، عن طريق قانون الواجب ، فى مجال القانون الوضعى هو الذى أفضى إلى تأكيد قوة الإرادة ، نظراً لإعمالها رغم تخلف غرضها ، وذلك بإجبار الناكّل على التنفيذ واحترام الإرادة التى أعطتها القانون الألمانى اعتباره الأول وشأن الفقه الإسلامى فى هذا هو كشأن القانون الألمانى فهو أيضاً قد اعتبر الصيغة (الرضا) الركن الوحيد فى التصرف القانونى وأمر بإعمالها رغم تخلف غرضها ، وهذا الأمر نجده قاطعاً فى الآيتين الكريميتين « يأبىها الذين آمنوا أوفوا بالعهود » « إن العهد كان مسؤولاً » أما التنظيم الفرنسى فالاعتبار الأول فيه هو للغرض الذى يقصده العاقد ومن هنا يفقد العقد سببه حين يتخلف الغرض ، ويتاح للعاقد ان يفسخ تبعاً لذلك .

(٥) ونضيف إلى ما ذكره الدكتور جلال عبده أن القوانين الوضعية (ومنها المصرى والسورى) قد وسعت ، كما رأينا ، من الأحوال الاستثنائية التى يجوز فيها الخروج عن القوة الملزمة للعقد عند ما سمحت بنقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون^(١) . ومعنى هذا أن نوعاً من الوهن قد لحق القوة الملزمة للعقد فى القوانين الوضعية إلى جانب حق الفسخ الذى أشار إليه الدكتور عبده والذى نص عليه القانون المدنى السورى فى المادة ١٥٨ (١٥٧ مصرى) .



= القانون الألمانى الذى يعدم التنفيذ هو الجزء الطبيعى لعدم التنفيذ . أما الفسخ فلا يظهر إلا فى النهاية ، وليس له سوى دور استثنائى احتياطى ، فهو الملجأ الأخير للدائن ، ولا يقدم إليه إلا إذا لم تجد الوسائل الأخرى الخاصة بإفضاء التنفيذ ، أى حين يصبح التنفيذ مستحيلاً (عدم تنفيذ العقد التبادلى لشوفالييه ، مذكرات لقسم الدكتوراه غير مطبوعة ، عام ١٩٤٥ ، ص ١٠١ وماب) .

(١) راجع ما سبق ، ف ٦١٥ ، ص ٥٩٦ .

الرموز والرموزات المستعملة في الملحق رقم ١

- (١) مج ف : مجموعة الفتاوى .
 - (٢) مج هـ : مجموعة الهداية .
 - (٣) مج و : مجموعة الوقاية .
 - (٤) مج ك : مجموعة الكنز .
 - (٥) مج د : مجموعة الدرر .
 - (٦) مج م : مجموعة ملتقى الأبحر .
 - (٧) مج ت : مجموعة التنوير .
 - (٨) ر : حرف الراء المتلو بنقطتين هو فعل أمر من الرؤية بمعنى انظر .
 - (٩) ب : حرف الباء هو رمز للعرض التاريخي لشرط السماع في عقد البيع ، وإن الرقم المتلو به يشير إلى الرقم المتسلسل للنص الفقهي في هذا العرض .
 - (١٠) ن : حرف النون هو رمز للعرض التاريخي لشرط السماع في عقد النكاح ، وإن الرقم المتلو به يشير إلى الرقم المتسلسل للنص الفقهي في هذا العرض .
 - (١١) ق : حرف القاف المتلو برقم يشير إلى الورقة في المخطوط الذي نقل منه النص .
 - (١٢) هـ / : حرف الهاء المتلو بخط مائل يشير إلى هامش العرض التاريخي لشرط السماع في عقد البيع .
 - (١٣) هـ / / : حرف الهاء المتلو بخطين مائلين بينهما رقم يشير إلى هامش العرض التاريخي لشرط السماع في عقد النكاح .
 - (١٤) فب : تشير إلى كتاب الفوائد البهية في تراجم الحنفية .
- أمثلة : إذا قيل مثلاً : ر : ٤٢ ب ، فمعناه أنظر النص الفقهي ذا الرقم ٤٢ في العرض التاريخي لشرط السماع في عقد البيع . وإذا قيل ر : ٢١ ن ، فمعناه : أنظر النص الفقهي ذا الرقم ٢١ في العرض التاريخي لشرط السماع في عقد النكاح . وإذا قيل : ر : هـ / ٥ ، فمعناه أنظر الهامش ذا الرقم ٥ في العرض الأول . وإذا قيل ر : هـ / / ٥ ، فمعناه أنظر الهامش ذا الرقم ٥ في العرض الثاني .

الملحق رقم ١

شرط السماع في الإيجاب والقبول

في التعاقد بين حاضرين

في الفقه الحنفي

(عرض تاريخي وتحقيق)

فائدة العرض : يقدم لنا هذا العرض صورة لنشوء مؤسسة حقوقية إسلامية ونموها وتطوراتها عبر تاريخ الفقه الحنفي . وهذه الصورة تقدم لنا فائدة مزدوجة : فهي أولاً تسرفنا على ذاك الموكب الحافل من الفقهاء والشراح والمحشين الذين تناولوا شرط السماع في عقدى البيع والنكاح تأييداً أو تضييماً منذ عام ٣٠٥ هـ الذي شهد ولادة هذا الشرط في عقد البيع على يد الفقيه أبي نصر البلخي ، ومنذ عام ٥٤٢ هـ الذي شهد ولادة شرط السماع في عقد النكاح في كتاب الخلاصة لافتخار الدين . وغير خاف أن تتبع خطوات هذا الشرط في هذين العقدين خلال ما يقارب الأحد عشر قرناً قبل أن يستقر بين شرائط العقد بوجه عام في المادة ٩٢ من القانون المدني السوري^(١) وبين شرائط عقد النكاح بوجه خاص في المادة ١١ من قانون الأحوال الشخصية السوري^(٢) يمطينا صورة واضحة عن الماضي البعيد الذي يتوارى وراء هاتين المادتين ، ذلك أن الحاضر — كما يقولون — مثقل بالماضي .

وهي ثانياً : تقدم لنا صورة مصغرة لنمو كافة المؤسسات الحقوقية في المذهب الحنفي التي سلكت نفس الطريق في تطورها . وإننا لنقدم النصيحة مخلصين إلى زملائنا الذين يقدمون على دراسة الفقه الإسلامي لانتهاج نفس الخطة لما لمسناه منها من إعطاء

(١) جاء في المادة ٩٢ (٨٩ مصري) : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن

إرادتين متطابقتين . . . »

(٢) جاء في المادة ١١ من ق . أ . ش : « يشترط . . . أن يكون كل من المتعاقدين سامعاً

كلام الآخر ، وفاعلاً أن المقصود به الزواج »

صورة عميقة صادقة صحيحة عن صميم الفقه الحنفى من جهة ، وتجنيب الباحث ما قد يتعرض له من أخطاء حال تعويله على الكتب المتأخرين من جهة أخرى .

خطة المرحمة : تستند خطة العرض إلى القواعد الثلاثة الآتية :

أولاً : لما كان الفقه الإسلامى خلواً من نظرية عامة للتصرف القانونى ، فقد رأينا عرض شرط السماع حسب العقود . ولقد اقتصرنا على عرض هذا الشرط فى عقدى البيع والنكاح ، لاهتمام الفقهاء بشرط السماع فيهما بوجه خاص . هذا وليس يفوتنا أن نشير هنا إلى أن النصوص الفقهية التى تعرض فيها الفقهاء لشرط السماع فى عقد البيع ليست تقع كلها فى كتاب البيع ، بل إن أغلب هذه النصوص قد استمددناها من باب القراءة فى الصلاة حيث يجعل الفقهاء حد الخافضة فى القراءة ضابطاً لدرجة ظهور التعبير وهذا مادعانا إلى بذل مجهود مضاعف للتحرى عن مظان هذه النصوص .

ثانياً : عمدنا إلى تقسيم الكتب الفقهية إلى ثمان مجموعات خصصنا المجموعة الأولى منها للفتاوى . أما المجموعات السبع الأخرى ، فقد خصصنا الأربع الأولى منها للمتون الأربعة الشهيرة وهى : (القدورى ، الهداية ، الوقاية ، الكنز) وشروحها وحواشيها ، وخصصنا الثلاث الأخيرة منها للمتون الثلاثة المتأخرة الشهيرة وهى : (الدرر ، ملتقى الأبحر ، تنوير الأبصار) وشروحها وحواشيها . ولقد جعلنا ترتيب هذه المجموعات حسب تاريخ وفاة مؤسسها ، ورمزنا لكل منها بالحرف الأول من اسم كتابه .

ثالثاً : لم نشأ استعراض المجموعات الثمان السابقة فرادى حسب تسلسلها التاريخى ، وإنما آثرنا استعراضها مجتمعة وموزعة على القرون الأحد عشرة السابقة المبتدئة بكتاب النوازل لأبى الليث السمرقندى الصادر فى القرن الرابع ، والمنتية بكتاب التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى فى القرن الرابع عشر . وبمباراة أخرى لقد جعلنا القرن — لا تاريخ الفقه فى مجموعه — وحدة لعرضنا . وتمتاز الخطة الثانية عن الأولى فى صدق تعبيرها عن مدى العامل الزمنى على الفقه فى مجموعه من جهة ، وبيانها لتفاعل الفكر الفقهى فى هذه الوحدة الزمنية من جهة أخرى . ونستعرض فيما يلى : (١) شرط السماع فى عقد البيع . (٢) شرط السماع فى عقد النكاح .

١٨ - شرط السماع في الإيجاب والقبول

في عقد البيع

قبل أن نتكلم عن شرط السماع في الإيجاب والقبول في عقد البيع نعهد لذلك بعرض ما يلي :

- (١) فهرس مجموعات الكتب الفقهية التي تمرضت لشرط السماع في الفقه الحنفي مرتبة حسب المجموعات الثمان التي سبق أن أشرنا إليها^(١)
- (ب) فهرس المجموعات موزعة على القرون الأحد عشرة الماضية .
- (ج) تحقيق النصوص الفقهية وعرضها وفق الترتيب الزمني .
- (د) تأصيل شرط السماع

(١) فهرس مجموعات النصوص الفقهية

لشرط السماع في عقد البيع

- ١ - **مجموعة الفتاوى :** القرن الرابع : النوازل (ا ب) ، القرن السادس : الفتاوى الصغرى (٢ ب) ، الخلاصة (٣ ب) ، مجموع النوازل (٤ ب) ، بدائع الصنائع (٥ ب) ، فتاوى العتابي (٦ ب) ، الحاوى القدسي (٧ ب) ، القرن السابع : المحيط (١١ ب) ، الظهيرية (١٢ ب) ، منية المفتي (١٣ ب) ، الفتاوى القتارخانية (١٤ ب) ؛ القرن الثامن : الفتاوى الولوالجية (١٦ ب) ؛ القرن التاسع : الفتاوى البزازية (٢٧ ب) ، جامع الفتاوى ، (٢٨ ب) ؛ القرن الحادى عشر : الفتاوى الهندية (٤٦ ب) ، الفتاوى الخيرية (٤٧ ب) .

- ٢ - **مجموعة القرورى :** (للقدورى توفى ٤٢٨ هـ) : القرن السابع : شرح الزاهدى (١٥ ب) ؛ القرن الثامن : السراج الوهاج (١٧ ب) ، الجوهرة النيرة (١٨ ب) .

- ٣ - **مجموعة الهديات :** (المرغيناني توفى ٥٩٢ هـ) : القرن السادس : مختارات النوازل

(١) نقصد بهذه الكتب تلك التي عثرنا عليها في مكتبة الأزهر ، ودار الكتب المصرية ، ومكتبة كلية الحقوق في جامعة القاهرة ، ومكتبة بلدية الاسكندرية في الإقليم الجنوبي ، ودار الكتب الظاهرية في دمشق ، ومكتبة بلدية حلب في الإقليم الشمالى .

(٨ ب) ، الهداية (٩ ب) ؛ القرن الثامن : معراج الدراية (١٩ ب) ، غاية البيان (٢٠ ب) ، العناية (٢١ ب) ، السكافية (٢٢ ب) ؛ القرن التاسع : البناية (٢٩ ب) ، فتح القدير (٣٠ ب) ، زبدة الدراية (٣١ ب) .

٤ - مجموعة الوقاية : (لصدر الشريعة توفي ٦٠٠ هـ) القرن السادس : الوقاية (١٠ ب) ؛ القرن الثامن : شرح المواضع المغلقة (٢٣ ب) ؛ القرن التاسع : توفيق العناية (٣٢ ب) ، كمال الدراية (٣٣ ب) ، شرح ابن ملك (٣٤ ب) ، حاشية يعقوب باشا (٣٥ ب) ؛ القرن العاشر : شرح البرحندی (٣٨ ب) ، إيضاح الإصلاح (٣٩ ب) ، جامع الرموز (٤٠ ب) ، شرح ملا الياس (٤١ ب) ؛ القرن الحادى عشر : فتح باب العناية (٤٨ ب) ، غواص البحرين (٤٩ ب) ؛ القرن الثانى عشر : آلهى زادة (٦٢ ب) ؛ القرن الثالث عشر : أبو المكارم (٦٩ ب) .

٥ - مجموعة الكمنز : (للذسقى توفي ٧١٠ هـ) : القرن الثامن : الكنز (٢٤ ب) ، الكافى (٢٥ ب) ، تبين الحقائق (٢٦ ب) ؛ القرن التاسع : شرح العمى (٣٦ ب) ؛ القرن العاشر : البحر الرائق (٤٢ ب) ، الفوائد الرقائق (٤٣ ب) ؛ القرن الحادى عشر : أوضح رمز (٥٠ ب) ، النهر الفائق (٥١ ب) ، كشف الرمز (٥٢ ب) ؛ القرن الثانى عشر : منهج السالكين (٦٣ ب) ، فتح الله المعين (٦٤ ب) ؛ القرن الثالث عشر : منحة الخالق (٧٠ ب) .

٦ - مجموعة الدرر : (لمنلاخسرو توفي ٨٨٥ هـ) : القرن التاسع : درر الأحكام (٣٧ ب) ؛ القرن الحادى عشر : حاشية عزى زادة (٥٣ ب) ، غنية ذوى الأحكام (٥٤ ب) ، نتائج النظر (٥٥ ب) ، كشف رموز غرر الأحكام (٥٦ ب) .

٧ - مجموعة ملنقى الأببحر : (للحلبى توفي ٩٥٦ هـ) : القرن العاشر : غنية المتملى (٤٤ ب) ، بحر الأنهر (٤٥ ب) ؛ القرن الحادى عشر : مجمع الأنهر (٥٧ ب) ، عبد الرحيم باشا (٥٨ ب) ؛ القرن الثانى عشر : مهتدى الأنهر (٦٥ ب) ، المعادل (٦٦ ب) ، حاشية الحلبي (٦٧ ب) ؛ القرن الثالث عشر : حلية الناجى (٧١ ب) .

٨ - مجموعة التنوير : (للتمرتاشى توفي ١٠٠٤ هـ) : القرن الحادى عشر :

تنوير الأبصار (٥٩ ب) ، منح الغفار (٦٠ ب) ، الدر المختار (٦١ ب) ؛ القرن
الثاني عشر : تحفة الأخيار (٦٨ ب) ؛ القرن الثالث عشر : حاشية الطحطاوى
(٧٢ ب) ، حاشية الرحمتى (٧٣ ب) ، رد المختار (٧٤ ب) ، طوابع الأنوار
(٧٥ ب) ؛ القرن الرابع عشر : التحرير المختار (٧٦ ب) .

(ب) فهرس عرض النصوص الفقهية

لشرط السماع فى الإيجاب والقبول

فى عقد البيع

القرن السابع : مج ف : النوازل (١ ب) .

القرن الخامس : . .

القرن السادس : مج ف : الفتاوى الصغرى (٢ ب) ، الخلاصة (٣ ب) ، مجموع
النوازل (٤ ب) ، البدائع (٥ ب) ، الفتاوى العياضية (٦ ب) ، فتاوى الحاوى
القدسى (٧ ب) ، مج هـ : مختارات النوازل (٨ ب) ، الهداية (٩ ب) ؛ مج و :
الوقاية (١٠ ب) .

القرن السابع : مج ف : المحيط (١١ ب) ، الفتاوى الظهيرية (١٢ ب) ،
منية المفتى (١٣ ب) ، الفتاوى التتارخانية (١٤ ب) ؛ مج ق : الزاهدى (١٥ ب) .

القرن الثامن : مج ف : الفتاوى الولوالجية (١٦ ب) ؛ مج ق : السراج الوهاج
(١٧ ب) ، الجوهرة النيرة (١٨ ب) ؛ مج هـ : معراج الدراية (١٩ ب) ، غاية البيان
(٢٠ ب) ، العناية (٢١ ب) ، الكفاية (٢٢ ب) ؛ مج و : شرح المواضع المغلفة
(٢٣ ب) ؛ مج ك : الكنز (٢٤ ب) ، الكافى (٢٥ ب) ، تبين الحقائق
(٢٦ ب) .

القرن التاسع : معج ف : الفتاوى البرازية (٢٧ ب) ، جامع الفتاوى (٢٨ ب) ؛
معج ه : البناية (٢٩ ب) ، فتح القدير (٣٠ ب) ، زبدة الدراية (٣١ ب) ؛ معج و :
توفيق العناية (٣٢ ب) ، كمال الدراية (٣٣ ب) ، ابن ملك (٣٤ ب) ، يعقوب باشا
(٣٥ ب) ؛ معج ك : العيني (٣٦ ب) ؛ معج د : غرر الأحكام (٣٧ ب) .

القرن العاشر : معج و : البرجندي (٣٨ ب) ، إيضاح الإصلاح (٣٩ ب) ،
جامع الرموز (٤٠ ب) ، ملا الياس (٤١ ب) ؛ معج ك : البحر الرائق (٤٢ ب) ،
الفوائد الرقائق (٤٣ ب) ؛ معج م : غنية المتمل (٤٤ ب) ، بحر الأنهر (٤٥ ب) .

القرن الحادي عشر : معج ف : الفتاوى الهندية (٤٦ ب) ، الفتاوى الخيرية
(٤٧ ب) ؛ معج و : فتح باب العناية (٤٨ ب) ، غواص البحرين (٤٩ ب) ؛
معج ك : أوضح رمز (٥٠ ب) ، النهر الفائق (٥١ ب) ، كشف الرمز (٥٢ ب) ؛
معج د : عزى زادة (٥٣ ب) ، غنية ذوى الأحكام (٥٤ ب) ، نتائج النظر (٥٥ ب) ،
كشف رموز غرر الأحكام (٥٦ ب) ؛ معج م : مجمع الأنهر (٥٧ ب) ، عبد الرحيم
باشا (٥٨ ب) ؛ معج ت : تنوير الأبصار (٥٩ ب) ، منح الغفار (٦٠ ب) ،
الدر المختار (٦١ ب) .

القرن الثاني عشر : معج و : آلهى زادة (٦٢ ب) ؛ معج ك : منهج السالكين
(٦٣ ب) ، فتح الله المعين (٦٤ ب) ؛ معج م : مهتدى الأنهر (٦٥ ب) ، المعادل
(٦٦ ب) ، السيد الحلبي (٦٧ ب) ؛ معج ت : تحفة الأخيار (٦٨ ب) .

القرن الثالث عشر : معج د : أبو المكارم (٦٩ ب) ؛ معج ك : منحة الخالق
(٧٠ ب) ؛ معج م : حاية الناجي (٧١ ب) ؛ معج ت : الطحطاوى (٧٢ ب) ،
الرحمتي (٧٣ ب) ، رد المختار (٧٤ ب) ، طوابع الأنوار (٧٥ ب) .

القرن الرابع عشر : معج ت : التحرير المختار (٧٦ ب) .

(ح) عرض النصوص الفقهية لشرط السماع

في الإيجاب والقبول في عقد البيع

القرن الرابع

(مج ف)

١ ب — السمرقندي (٣٧٣ هـ) ، النوازل ^(١) ، ق ١٠٠ ، ص ٢ ، س ١٢ :
« وسئل أبو نصر ^(٢) عن رجل قال لرجل : بعني عبدك . فقال : بعت . فقال المشتري :

(١) النوازل هو أول كتاب جمع فيه مؤلفه الواقعات والفتاوى التي لم يوجد فيها رواية عن الأئمة الثلاثة وإنما استنبطها المجتهدون المتأخرون من أصحاب أبي يوسف ومحمد ونحوهم ممن بعدهم وهم كثيرون . « ومن أصحاب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : عصام بن يوسف ٢١٠ ، وابن رستم ٢١١ ، ومحمد بن سباع ٢٣٣ ، وأبي سليمان الجوزجاني ٢٠٠ ، وأبي حفص البخاري ٢٦٤ . — ومن بعدهم : مثل محمد بن مقاتل ونصير بن يحيى أبو بكر ٢١٨ ، ومحمد بن سلمة ٢٧٨ ، وأبي النصر القاسم بن سلام ٣٠٥ ، وأبي القاسم الصفار ٣٢٦ ، وأبي جعفر الهندواني ٣٦٢ . »

وقد ذكر فيه اختياراته أيضاً وهو أصل في الواقعات غير الأصول . (راجع كتاب أبي حنيفة لأسقاذنا الشيخ محمد أبي زهرة ص ٢٢٢ ؛ ورسالة رسم المفتي لابن عابدين ص ١٧) وجاء في رسالة الدكتور شحاته ص ٦٨ : « وإذا كان الفقهاء في زمن السمرقندي حوالى ٣٧٥ قد وضعوا حلولاً لبعض المسائل التي استحدثت ، والتي أسموها النوازل ، فلم يكن عملهم هذا إلا بمثابة الملحق من الكتاب . »

ولقد كان كتاب النوازل هو نهاية مطافنا في كتب الفقه الحنفي إبان استقصائنا لشرط السماع وسنعتبر هذا الكتاب الذي يرجع تاريخه إلى ما ينيف عن ألف سنة هجرية نقطة انطلاق لبحثنا عن التطورات التي طرأت على شرط السماع عبر هذه القرون العشرة .

(٢) هو محمد بن سلام أبو نصر الباكلي (توفي ٣٠٥ هـ) ، وهو صاحب الطبقة

(٣٩ — التمييز عن الإرادة)

اشترت . ولم يسمع البائع قول المشتري . قال : للبائع أن ينقض البيع ما لم يكن جواباً يسمع^(٣) .

القرن الخامس

القرن السادس

(م ج ف)

٣ ب — الصدر الشهيد (٥٣٦ هـ)، الفتاوى الصغرى ، نقلا عن الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٣ ، س ٣ : « (شرائط انعقاد البيع) ومنها سماع المتعاقدين كلامهما ، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع^(٤) فإذا قال المشتري : اشترت ، ولم يسمع البائع كلام المشتري ، لم ينفذ البيع » .

٣ ب — افتخار الدين (٥٤٢ هـ) ، الخلاصة ، ق ٣١ ، س ٢٣ : « والحاصل إن أدنى الجهر أن يسمع غيره ، وأدنى المخافتة أن يسمع نفسه ، وعلى هذا يعتمد ، وما دون ذلك مجحفة . وعلى هذا^(٥) التسمية في الذبيحة والاستثناء في اليمين والطلاق والنكاح والعناق والبيع والشراء السكك في الجامع الصغير » .

العالية حتى أنهم عدوه من أقران أبي حفص الكبير (ر : ف ، ص ١٦٨) ؛ ويعتبر أبو نصر بحق أول مؤسس لنظرية العلم في التعاقد بين الحاضرين .

(٣) تعرض هذا النص لشريطة إعلام القبول ، وسكت عن شريطة إعلام الإيجاب .

(٤) أفاد هذا النص أصريين جديدين : ١ — عمم شريطة السماع على كل من

الإيجاب والقبول . ٢ — أشار إلى إجماع الفقهاء على هذه الشريطة . انظر المراجع

الأخرى التي أشارت إلى هذا الإجماع في الهوامش الآتية : ٧ ، ٣٩ ، ٦٨ ، ٧٠ ،

٩٨ ، ١١٠ .

(٥) يلاحظ أن قياس افتخار الدين لدرجة ظهور التبعيرات التصرفية على درجة

ظهور القراءة في الصلاة هو محل نظر ! وسنعمد فيما يلي إلى الإشارة إلى هذا النوع من الأقيسة في حينها ، وسنرى أن ثمة ما يقارب الـ ٤٠ مرجعاً قد نقلت الخلاف بين

٣ ب / ١ - المرجع السابق ، ق ١٥٣ ، س ١١ : « ولو قال : بعت من فلان الغائب فخر فلان في المجلس ، وقال : اشتريت ، يصح » .

٣ ب / ٢ - المرجع السابق ، ق ١٥٣ ، س ٥٦ : « رجل قال لآخر : بعني عبدك هذا . فقال : بعت . فقال المشتري : اشتريت . ولم يسمع البائع قول المشتري . للبائع أن ينقض هذا ، لأن النقص ههنا امتناع عن الإتمام في الفتاوى ، وهذا بناء على أن سماع كل واحد من العاقلين كلام الآخر شرط صحة البيع ^(٦) »

الهندوانى والسكرخى من إطار القراءة في الصلاة إلى إطار الصيغ التصرفية . انظر نقد هذا القياس فيما سأتى ٥ / ٢٠ و ٥ / ٢٦ ؛ وانظر هذه المراجع في الهوامش الآتية : (٢٠ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٥١ ، ٥٥ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٧ ، ٧١ ، ٧٦ ، ٧٩ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٤ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩١ ، ٩٥ ، ١٠٢ ، ١٠٤ ، ١٠٦ ، ١١٣ ، ١١٥ ، ١١٩ ، ١٣٤ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٤ ، ١٦٢ ، ١٨٢)

(٦) هذا النص يتعارض مع النصين السابقين . ووجه التعارض أنه يشترط لصحة الإيجاب سماع الموجب إليه له ، بينما يغفل النصان السابقان هذه الشرطة ، لاكتفاء الأول (٣ ب) بسماع الموجب للإيجاب ؛ ولتصحيح الثانى (٣ ب / ١) للمقد حال قبول الغائب للإيجاب الذى صدر فى غيابه ، رغم عدم سماعه له . ولقد تناقلت بعض الكتب الفقهية هذه النصوص المتعارضة ، دون أن تنقبه إلى هذا التعارض ، إلى أن وقف عنده ابن نجيم صاحب البحر ، ولفت النظر إلى ما يكتنفه من إشكال . راجع هذا التعارض فى الكتب الآتية : المحيط (قارن ١١ ب / ١ و ١١ ب / ٢) ، الفتاوى التتارخانية (قارن ١٤ ب / ١ و ١٤ ب / ٢) ، الزاھدى (قارن ١٥ ب و ١٥ ب / ١) ، الفتاوى البزازیة (قارن ٢٧ ب و ٢٧ ب / ٢) . وانظر مواجهة صاحب البحر (٤٢ ب / ٣) لهذا التعارض الوارد فى الفتاوى البزازیة ؛ وراجع ما سبق ، ف ٩٥ ، ص ٨٤ .

بالإجماع^(٧) وفي النكاح المختار أنه شرط أيضاً، وفي الخلع كذلك أيضاً^(٨) .

٤ ب — الكشي (٥٥٠ هـ) ، مجموع النوازل ، نقلا عن الخلاصة ، ق ١٥٣ : « لو سمع أهل المجلس ، وهو يقول ما سمعت ، وليس في أذنه وقر ، لا يصدق في القضاء^(٩) » .

٥ ب — الكاساني (٥٧٨ هـ) ، بدائع الصنائع ج ١ ، ص ١٦١ ، س ٣٢ : « ثم المنفرد إذا خافت ، وأسمع أذنيه ، يجوز بلا خلاف لوجود القراءة بيقين ، إذ السماع بدون القراءة لا يتصور ، وأما إذا صحح الحروف بلسانه ، وأداها على وجهها ، ولم يسمع أذنيه ، ولكن وقع له العلم بتحريك اللسان ، وخروج الحروف من مخارجها ، فهل تجوز صلاته ؟ اختلف فيه — ذكر الكرخي^(١٠) أنه يجوز . وهو قول أبي بكر البلخي المعروف بالأعمش^(١١) .

وعن الشيخ أبي القاسم الصفار^(١٢) ، والفقيه أبي جعفر الهندواني^(١٣) والشيخ

(٧) النص الثاني الذي يشير إلى الإجماع ؛ ر : ٤ / ٥ .

(٨) أفاد هذا النص أمراً جديداً هو تميم شريطة السماع على النكاح والخلع في المختار من الأنظار الفقهية قارن (٥١ ب) حيث يفيد كلام صاحب النهر الفائق أنه أول من عمم شريطة السماع على النكاح وراجع الكتب الآتية التي نقلت كلام صاحب النهر دون أن تلتفت إلى أسبقية الخلاصة إلى هذا التوسيع ، وهي : فتح الله المين (ر : ٦٤ ب) ، رد المختار (ر : ٧٤ ب) ، طوابع الأنوار (ر : ٧٥ ب) .. (٩) أفاد هذا النص أمراً جديداً هو وضع ضابط موضوعي للسمع .

(١٠) هو عبد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخي ولد عام ٢٦٠ هـ ، وتوفي عام ٣٤٠ هـ ويعتبر من المجتهدين في المسائل (ر : فب ، ص ١٠٨) .

(١١) محمد بن سميد أبو بكر الأعمش توفي ٣٤٠ هـ (ر : فب ، ص ١٦٠) .

(١٢) أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفار توفي ٣٣٦ هـ (ر : فب ، ص ٢٦) .

(١٣) محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر أبو جعفر الفقيه الهندواني من أهل بلخ؛

توفي ٣٦٢ هـ (ر : فب ، ص ١٧٩) .

الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخارى^(١٤) أنه لا يجوز ما لم يسمع نفسه .
وعن بشر بن غياث المريس^(١٥) أنه قال : إن كان بحال لو أدنى رجل صماخ
أذنيه إلى فيه ، سمع ، كفى ، وإلا فلا .
ومنهم من ذكر في المسألة خلافاً بين أبي يوسف^(١٦) ومحمد^(١٧) ، فقال : على
قول أبي يوسف يجوز ، وعلى قول محمد لا يجوز .
وجه قول الكرخي : أن القراءة فعل اللسان وذلك بتحصيل الحروف ، وتنظيمها
على وجه مخصوص ، وقد وجد . فأما إسماعه نفسه ، فلا عبرة به ، لأن السماع فعل
الأذنين دون اللسان ، ألا ترى أن القراءة نجدها تتحقق من الأصم ، وإن كان
لا يسمع نفسه .

وجه قول الفريق الثاني : أن مطلق الأمر بالقراءة ينصرف إلى التعاريف ، وقدر
ما لا يسمعه هو لو كان سمعاً ، لم يعرف قراءة .
وجه قول بشر : أن الكلام في العرف اسم لحروف منظومة دالة على مافى ضمير
التكلم ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع .
وما قاله الكرخي أقيس وأصح^(١٨) وذكر في كتاب الصلاة^(١٩) إشارة إليه .

(١٤) محمد بن الفضل أبو بكر الفضلي الكمازي البخارى ، توفى ٣٨١ هـ (ر :
غب ، ص ١٨٤) .

(١٥) بشر بن غياث المريسى المعتزلى الفقيه المتكلم ، توفى ٢١٩ هـ .
(١٦) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب أبو يوسف توفى عام ١٨٣ هـ (ر : غب ،
ص ٢٢٥) .

(١٧) محمد بن الحسن الشيبانى ، توفى عام ١٨٩ هـ .
(١٨) ترجيح الكاسانى لرأى الكرخي يتعارض مع ترجيحه لرأى الهندوانى
في النص اللاحق (ر : ٥ ب / ١) .

(١٩) المقصود هنا هو كتاب الصلاة في « الأصل » للبسوط لـ محمد (ر : ١١ ب)
هنا وقد تعددت التفسيرات التى أعطاها شراح الهداية للفظ « الكتاب » الوارد

فإنه قال — إن شاء قرأ ، وإن شاء جهر وأسمع نفسه — ولو لم يحمل قوله — قرأ — في نفسه — على إقامة الحروف لأدى إلى التكرار والإعادة الخالية عن الفائدة . ولا عبرة بالمعرف في الباب ، لأن هذا أمر بينه وبين ربه فلا يعتبر فيه عرف الناس . وعلى هذا الخلاف كل حكم تعلق بالنطق ^(٢٠) من البيع والنكاح والطلاق والعتاق والإيلاء والميمن والاستثناء وغيرها ، والله أعلم .

٥ ب / ١ — المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ١٥٤ ، س ٣٢ : « وأما كون الاستثناء مسموعاً فهل هو شرط ؟ — ذكر الكرخي أنه ليس بشرط حتى لو حرك لسانه . »
في متنها فذهب الكاكي إلى أن المقصود به « الجامع » (ر : ١٩ ب) ؛ وذهب الإقناني إلى أن المقصود به « مختصر القدوري » ؛ (ر : ٢٠ ب) ؛ وأشار البارقي إلى هذا الرأي الأخير وإلى الرأي القائل بأن المقصود به الأصل لـ « مجد » (ر : ٢١ ب) ؛ وأشار صاحب النهر الفائق إلى « الأصل » .

(٢٠) إن قياس درجة ظهور التعميرات التصرفية على درجة ظهور القراءة في الصلاة هو محل نظر ! ونحن نرى أن انتقال خلاف الفقيهين الكرخي وأبي جعفر من الإطار الثاني إلى الإطار الأول إذا استسيع في بعض التصرفات الأحادية كاليمين والإيلاء والاستثناء والطلاق فهو غير مقبول البتة في التعميرات التماقدية ، وعليه فنحن نستبعد أن يقر الكرخي قيام الإيجاب بمجرد تصحيح الحروف قياساً على قيام القراءة في الصلاة بمجرد تصحيحها رغم أن كافة كتب المذهب — كما انتهى إليه استقراؤنا — تكاد تجمع على أن هذا الخلاف انتقل من مجال القراءة إلى مجال التعمير ومما يؤيد رأينا في أن هذا القياس هو قياس مع الفارق نص الكاساني نفسه الذي نقف عنده هنا ، فهو بينا يرجح رأى الكرخي في القراءة في الصلاة ، ينجح إلى رأى الهندواي في النص اللاحق (٥ ب / ١) ، عند بحث درجة ظهور الاستثناء ، رغم أنه أشار إلى أن الاستثناء هو على الخلاف في النص الأول . وفيما عدا ذلك فإن دفاع الكاساني عن رأى الكرخي في القراءة — الذي ردفيه على حجة الهندواي المستندة إلى المرف قائلاً « إن هذا أمر بينه وبين ربه فلا يعتبر فيه عرف الناس (ر : ٥ ب) . » — يشعر بوضوح أن لا مجال لتطبيق معايير العبادات في نطاق المعاملات .

وأتى بحروف الاستثناء يصح ، وإن لم يكن مسموعاً ، وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى أنه شرط ، ولا يصح الاستثناء بدونه .

وجه ما ذكره الكرخى أن الكلام هو الحروف المنظومة ، وقد وجدت فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاماً . فإن الأصم يصح استثناءؤه ، وإن كان لا يسمع . والصحيح ما ذكره الفقيه أبو جعفر ^(٢١) ، لأن الحروف المنظومة ، وإن كانت كلاماً عند الكرخى ، وعندنا هي دلالة على الكلام ، وعبرة عنه ، لا نفس الكلام في الغائب والشاهد جميعاً ، فلم توجد الحروف المنظومة ههنا ، لأن الحروف لا تتحقق بدون الصوت ، فالحروف المنظومة لا تتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص ،

(٢١) إن الكاسانى هنا ، في بحث الاستثناء في الجزء الثالث من البدائع ، يصحح رأى الهندوانى ، بينا ألفيناه في النص السابق (ر : ٥ ب) — المنقول من باب الصلاة في الجزء الأول من البدائع — يصحح رأى الكرخى . وهذان النصان في رأينا متعارضان . ولقد كان من الممكن التوفيق بينهما والقول بأن الكاسانى ينحاز إلى رأى الكرخى في نطاق العبادات وينحاز إلى رأى الهندوانى في نطاق المعاملات ، لولا أنه كما أسلفنا قد أشار إلى أن الخلاف بين الكرخى والهندوانى في باب القراءة ينساب إلى صيغ العقود في المعاملات .

وفيما عدا ذلك فإن توجيه الكاسانى لرأى الهندوانى لا يستشتم منه التمييز بين العبادات والمعاملات فهو يدافع عن رأى الهندوانى هنا بنفس الحماس الذى يدافع به عن رأى الكرخى هناك .

ويلاحظ أن كثيراً من الشراح والفقهاء قد نقلوا إبان كلامهم في رأى الكرخى ترجيح الكاسانى لهذا رأى دون أن يلاحظوا هذا التعارض بين رأيه فقد جاء في أوضح رمز على نظم السكندر قوله : « وصححه في البدائع والجمهور على الأول (ر : ٥٠ ب) . » ؛ وجاء في حاشية عبد الحليم : « وفي البدائع هو أقيس (ر : ٥٦ ب) . » ؛ وجاء في الفتاوى الخيرية : « وفي البدائع : ما قاله الكرخى أقيس وأصح (ر : ٤٧ ب) . » ؛ وجاء في طوابع الأنوار : « وفي البدائع : ما قاله الكرخى أقيس وأصح (ر : ٧٥ ب) . » ؛ وجاء في النهر الفائق : « قال في البدائع وهذا أصح وأقيس (ر : ٥١ ب) . » .

فإذا لم يوجد الصوت ، لم توجد الحروف ، فلم يوجد الكلام عنده ، ولادلالة الكلام عندنا ، فلم يكن استثناء ، والله الموفق .

٦ ب - العتابي (٥٨٦ هـ) ، فتاوى ، ق ٦٢ ، ص ٢ ، س ٢٠ : « وعن أبي نصر قال : بع عبدك منى بكذا . فقال . بعت ، وقال المشتري : اشتريت . ولم يسمع البائع قول المشتري . له أن ينقض . ما لم يكن جواباً مسموعاً . ولو سمع أهل المجلس ، ولو قال البائع لم أسمع ، ولم يكن به صم ، ولا وقر ، لم يصدق ^(٢٢) » .

٧ ب - الحاوى القدسي ^(٢٣) (٦٠٠ هـ) ، فتاوى ، ق ١٦١ ، ص ٧ . « وسمع كل واحد منهما قول الآخر ، وفهم ^(٢٤) ، انعقد البيع » .

بمجموعة الهداية

٨ ب - المرغيناني (٥٩٣ هـ) ، مختارات النوازل ، ج ١ ، ق ٣٣ ، س ٢ ، س ١٣ . « والخافئة أن يسمع نفسه ، وقال السكرخي : الخافئة تصحيح الحروف ، لأن

(٢٢) يلحظ أن نص العتابي قد جمع بين النص الوارد في النوازل لأبي نصر (ر : ١ ب) والضابط الموضوعي الذي أشار إليه الكشي (ر : ٤ ب) وهو بالإضافة إلى ذلك قد صحح النص الوارد في النوازل عندما أضاف إلى صيغة الإيجاب الثمن بقوله « بكذا » قارن سبعة الإيجاب في النوازل التي جاءت خالية من ذكر الثمن .

(٢٣) جاء في الفوائد البهية ، ص ٢٤٦ : « الحاوى لأصحابنا اثنان : الحاوى القدسي ، وأظنه لرجل متأخر كان يسمى قاضي القدس والحاوى الحصري » وجاء في ص ٢٤٧ : « وذكر ابن الشحنة أن الحاوى القدسي للقاضي جمال الدين أحمد ابن نوح القابسي الغزنوي الحنفي المتوفى في حدود سنة ستمائة وإعما قيل له القدسي لأنه صنفه في القدس وذكر ابن أمير الحاج في شرح منية المصلي أن مؤلف الحاوى القدسي فرغانى » .

(٢٤) القدسي أول من أشار إلى شريطة الفهم ، ونقله عنه صاحب البحر الرائق (ر : ٤٢ ب / ١) ، سنرى أن شريطة الفهم في الإيجاب والقبول في عقد النكاح مسألة خلافية ، ر : ٥ / ٢٤ .

«قراءة فعل اللسان دون الصماخ ، وعلى هذا ^(٢٥) الطلاق والمتاق والاستثناء .

٩ ب — الفقيه السابق ، الهداية ، نقلاً عن الفتح ، ج ١ ، ص ٢٣٣ ، س ١ :
« ثم المخافة أن يسمع نفسه ، والجهر أن يسمع غيره ، وهذا عند الفقيه أبي جعفر
الهندواني رحمه الله ، لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت . وقال
السكرخي أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى المخافة تصحيح الحروف ، لأن القراءة
فعل اللسان دون الصماخ ، وفي لفظ الكتاب إشارة إلى هذا ، وعلى هذا الأصل كل
ما يتعلق بالنطق ^(٢٦) كالطلاق والمتاق والاستثناء وغير ذلك » .

مجموعة الوقاية

١٠ ب — صدر الشريعة (٦٠٠ ؟) ، الوقاية نقلاً عن شرح المواضع المغلقة ،
ق ٢٦ ، س ٣١ : « وكذا ^(٢٧) في كل مانع من النطق كالطلاق والمتاق والاستثناء
وغیرها » .

(٢٥) ر : ٥ / ٥٠

(٢٦) يلحظ أن المرغيناني في مختارات النوازل (ر : ٨ ب) لم يقس كل التعبيرات
على القراءة في الصلاة بل ذكر بعضها على سبيل الجهر وهي الطلاق والمتاق
والاستثناء . أما في الهداية فيبدو أنه قد مال إلى قياس كافة التعبيرات على القراءة ،
وذكر بعضها على سبيل التمثيل ، ويستفاد ذلك من قوله « وغير ذلك » . ونحن نرى أن
النص الثاني لا يسلم من النقد ، كما سبق أن أشرنا (ر : ٥ / ٢٠) ، لأن مؤداه أن
كل التعبيرات ملقاة وهو يتعارض مع وجود تعبيرات متلقاة مجمع عليها في الفقه الحنفي
كما سبق أن مر معنا عند دراستنا لإعلام الإرادة (راجع ماسبق ، ف ١٥٨ ، ص ١٤٧)
(٢٧) ر : ٥ / ٥٠

القرن السابع

(م ج ف)

١١ ب — برهان الدين ^(٢٨) (٦١٦ هـ) ، المحيط البرهاني ، ج ١ ، ص ٣٦٢ ،
ص ١٩ : « أما بيان حدها [القراءة] فنقول : تصحيح الحروف أمر لا بد منه ،
ولا تقبل قراءة إلا بعد تصحيح الحروف ، وإذا صحح الحروف بلسانه ، ولم يسمع نفسه ،
حكى عن الكرخي أنه يجزئه ، وبه كان يفتي الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله ، لأن
القراءة فعل اللسان ، وذلك بتصحيح الحروف ، وإقامتها لا بالسمع ، فإن السامع فعل
السامع ، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في الأصل ^(٢٩) حيث قال : « وإن كان يصلي
وحده ، وكانت صلاة يجهر فيها بالقراءة ، قرأ في نفسه إن شاء ، وإن شاء جهر وأسمع
نفسه » . ولو كان إسماع نفسه داخلاً في القراءة ، لكان إسماع نفسه مستفاداً من
قوله ، قرأ في نفسه ؛ فيكون قوله وأسمع نفسه ، تكراراً .

وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني ، والشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد
ابن الفضل رحمهما الله ، أن تصحيح الحروف لا يجزئه ما لم يسمع نفسه ، وبه أخذ عامة

(٢٨) هو محمود بن أحمد بن عبدالمعز بن عمر بن مازة ، توفي سنة ٦١٦ (ر : كشف
الظنون ، ج ٢ ، ص ١٦١٩) « وعده ابن السكال باشا من المجتهدين في المسائل
(ر : ف ، ص ٢٠٥) . » و « قال ابن أمير الحاج إن المحيط إذا أطلق يراد به المحيط
البرهاني (ر : ف ، ص ٢٤٦) : « وقال أيضاً : « هذا المحيط لا يوجد بديارنا
والموجود بأيدي الناس هو المحيط الرضوي (ر : ف ، ص ١٨٩) . » ويلاحظ أن
نص الدخيرة البرهانية — وهو ما يخص المحيط البرهاني — مماثل لنص المحيط الذي
اكتشفناه في المتن الأمر الذي دعانا إلى الجزم بأن المحيط الذي عثرنا عليه في مكتبة الأزهر
هو المحيط البرهاني (ر : الدخيرة البرهانية ، ج ١ ، ص ١١٦ — ص ١١٧ ، س ١٠
مخطوط في مكتبة الأزهر) .

(٢٩) ر : ١٩ / ٥

الشايع (٣٠) لأن حد الكلام ما هو مسموع مفهوم ، ألا ترى أن ألحان الطير لا يسمى كلاماً ، مع أنه مسموع ، لأنه ليس بمفهوم ، وألا ترى أن الكتاب لا يسمى كلاماً مع أنه مفهوم ، لأنه ليس بمسموع ، ولكن شرطاً لسماع نفسه ، لأن الشرط وجود القراءة في نفسه .

(٣٠) نورد هنا ماحوظتين : الأولى ، تتعلق بموقف الشايع من رأى الهندوانى ، الثانية ، تتعلق بموقف صاحب المحيط نفسه منه . أما فيما يتعلق بالأمر الأول : يلاحظ أن بعض الكتاب التى جاءت بعد المحيط قد أشارت إلى أن أكثر الشايع على هذا الرأى لا علمتهم ، جاء فى البحر : « إن عليه أكثر الشايع (ر : ٤٢ ب) » وجاء فى الفتاوى الرملية : « ما قاله الهندوانى أصح وأرجح لاعتماد أكثر علمائنا عليه (ر : ٤٧ ب) . » وجاء فى الفتاوى الهندية : « وبه أفتى عامة الشايع كذا فى الزاهدى (ر : ٤٦ ب) . » وفى النهر الفائق : « وعليه أكثر الشايع ، وهو الأصح (ر : ٥١ ب) . » وجاء فى حاشية عبد الحليم : « وهذا القول هو مختار الجمهور وعليه التعويل (ر : ٥٦ ب) . » ونحن نعتقد أن كلمة « عامة » الواردة فى نص المحيط لا تنفق وانحياز بعض الشايع إلى رأى آخر منافس هو رأى السكرخى . أما فيما يتعلق بالأمر الثانى فقد ذهب لفيف من الفقهاء والشراح إبان مفاضاتهم بين رأى السكرخى ورأى الهندوانى إلى أن صاحب المحيط قد انحاز إلى رأى الهندوانى ، جاء فى معراج الدراية « واختار شيخ الإسلام وقاضى خان وصاحب المحيط والحلوانى قول الهندوانى (ر : ١٩ ب) . » وإذا رجعنا إلى نص المحيط لا نجد اختياراً صريحاً لرأى الهندوانى ، بل نجد عرضاً للآراء جميعاً ، ولعل إشارة صاحب المحيط إلى أن عامة الشايع على رأى الهندوانى تفيد ضمناً انحيازه له . على أن بعض الكتب قد أشارت إلى أن صاحب المحيط قد صرح بترجيح رأى الهندوانى على رأى السكرخى ، جاء فى الفتح : « وفى المحيط قول الهندوانى أصح (ر : ٣٠ ب) . » وفى الكفاية . « وقال صاحب المحيط : الأصح قول الهندوانى (ر : ٢٢ ب) . » وقال أبو المسكارم : « وفى المحيط هو الأصح (ر : ٦٩ ب) . » وتذهب بعض الكتب إلى أبعد من ذلك فتدعى أن صاحب المحيط قد صرح بأن قول الهندوانى مرجح على رأى القاضى علاء الدين الذى يشترط سماع المشتري لإيجاب البائع كما سنرى (ر : ٤٠ / هـ) .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني ^(٣١) والأصح أنه لا يجزئه ، ما لم يسمع نفسه ويسمع من بقره .

قال بعض مشايخنا رحمهم الله : إن كل حكم يتعلق بالذكر ^(٣٢) نحو التسمية على الذبيحة ، والاستثناء في اليمين ، والطلاق ، والعقاق ، والإيلاء ، والبيع ، فهو علم . هذا الاختلاف .

وذكر القاضي الإمام علاء الدين في شرح مختلفاته ^(٣٣) أن الصحيح عندي ^(٣٤)

(٣١) هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح شمس الأئمة الحلواني البخاري توفي ٤٤٨ هـ عنه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب (ر : ف ، ص ٩٥) .

(٣٢) يلحظ أنه عزي إلى بعض المشايخ فقط نعيم الخلاف على سائر التميزات (٣٣) لا ندرى إذا كان القاضي علاء الدين الذي أشار إليه صاحب المحيط هو نفسه علاء الدين السمرقندي صاحب تحفة الفقهاء أم لا ونحن أميل إلى الشك في ذلك ، ذلك لأن الكاساني لم يشر في بدائمه إلى رأي علاء الدين ، ولو كان هو نفسه صاحب الرأي المشار إليه في المتن لتعين على الكاساني الإشارة إليه مادام البدائع يعتبر شرحاً لتحفة الفقهاء .

واقدر جمعنا إلى كشف الظنون (ج ٢ ، ص ٤٠٧ ، س ١) فوجدناه يشير إلى أن كتاب مختلف الرواية هو للإمام علاء الدين محمد بن عبد الحميد المعروف بالعلائي السمرقندي المتوفى عام ٥٥٣ هـ ورجعنا إلى البدائع (ج ١ ، ص ٢) فوجدناه يشير إلى أن صاحب التحفة هو « محمد بن أحمد بن أبي أحمد » ففرقنا من ذلك أن صاحب التحفة هو ابن أحمد بيننا صاحب مختلف الرواية هو ابن محمد لذلك جنحنا إلى ترجيح عزو الرأي الذي ذكره صاحب المحيط إلى علاء الدين بن عبد المذكور (قارن : تحفة الفقهاء تحقيق الدكتور محمد زكي عبد البر مطبعة جامعة دمشق ، ص ١٣) .

(٣٤) تفيد جملة « أن الصحيح عندي » الواردة في هذا النص أن القاضي علاء الدين هو مبتدع لشريعة سماع كل من الماقيدين قارن هذا النص مع النص (١ ب) مع المرض بأن وفاة أبي نصر عام ٣٠٥ هـ و وفاة علاء الدين عام ٥٥٣ هـ .

أن في بعض التصرفات يكفي سماعه ، وفي بعضها يشترط سماع غيره . مثلاً في البيع إن أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع ^(٣٥) فسمع ، يكفي ، ولو سمع البائع بنفسه ولم يسمعه المشتري ، لا يكفي ^(٣٦) .

ومنها إذا حلف لا بكلم فلاناً ، فناداه من بعيد ، بحيث لا يسمع ، لا يحث في يمينه ، نص على هذا في كتاب الإيمان . لأن شرط الحث وجود الكلام منه ، ولم يوجد ^(٣٧) .

(٣٥) يلاحظ أن النص تعرض لتعبير البائع واشترط أن يكون مسموعاً، ولم يشر إلى أن البائع هو الموجب أم القابل بخلاف نص النوازل المشار إليه سابقاً الذي اشترط ضرورة السماع في القبول . ورى أن القاضي علاء الدين يشترط السماع في كل من الإيجاب والقبول . ذلك لأن النص ورد مطلقاً، والمطلق يجري على إطلاقه ، ونشير هنا إلى أن الطحطاوى قد فهم من نص علاء الدين أنه يتناول القبول ، جاء في حاشية الطحطاوى (قوله : وقيل في نحو البيع يشترط سماع المشتري) . . . وحرر في الترتيب لآلية عن الكافي والمحيط أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه . ويترب على ذلك أنه لو قال الآخر : قبلت في البيع ، وأسمع نفسه فقط انمقد ، ولا يجوز للبائع التصرف إذا علم بعد ذلك (ر : ٧٢ ب) . »

(٣٦) إذا قابلنا بين نص القاضي علاء الدين مع نص بشر بن غياث المريسي الذي سبقت الإشارة إليه (ر : ٥ ب) نجد شبهة ظاهراً . فبينما يقول الأول « مثلاً في البيع لو أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع وسمع يكفي » يقول الثاني « إن كان بحال لو أدنى رجل صماخ أذنيه إلى فيه سمع كفى وإلا فلا . » ولعل الفارق بينهما يرجع إلى أن النص الأول يشترط وصول التعبير إلى شخص معين هو المشتري ، بينما لا يشترط النص الثاني هذه الشريطة . . ولقد سبق أن رأينا أن وجود الخطاب المنشيء للتعبير المتلقي هو العنصر المميز لهذا النوع من التميزات عن غيرها (راجع ما سبق ، ف ١٠١ ، ص ٩١) .

(٣٧) يلاحظ أن الكتب التي أتت بعد المحيط تحدثت جميعها عن نظرية علاء الدين ، وأغفلت كل الإغفال اسم أبي نصر البخاري ولعل هذا يدل بوضوح على شهرة

١١ ب / ١ — المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٨٩ ، س ٣ : « ولو قال لغيره :
بعت منك هذا العبد بكذا^(٣٨) فقال المشتري : اشتريت ، ولم يسمع كلام المشتري ،
لا ينمقد البيع بينهما . فسماع المتعاقدين كلاهما في البيع شرط انمقاد البيع بالإجماع^(٣٩) »

= المحيط وانتشاره بعد القرن السادس الهجري ونحن إذا استعرضنا الكتب التي تناولت
هذا الشرط تقوية أو تضعيفاً زارها تشير إلى نفس النص الذي أشار إليه المحيط والذي
تضمن نظرية القاضي علاء الدين . أما الكتب التي قوت هذا النص فهي :

(١) التتارخانية : « وذكر القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته : والصحيح
عندي ... (ر : ١٤ ب) »

(ب) جامع الرموز : « وفي المحيط قال القاضي علاء الدين الصحيح ، ...
(ر : ٤٠ ب) »

(ج) البحر الرائق : « وفي الذخيرة معزياً إلى القاضي علاء الدين في شرح
مختلفاته أن الأصح عندي ... (ر : ٤٢ ب) »

(د) منحة الغفار شرح تنوير الأبصار : « وفي البحر حاكياً عن الذخيرة أنه قال
معزياً إلى القاضي علاء الدين أن الأصح عندي (ر : ٦٠ ب) »

(هـ) رد المحتار : « قال في الذخيرة معزياً إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته
أن الأصح عندي ... (ر : ٧٤ ب) »

أما الكتب التي ضعفت هذا النص فقد نقلته مبدوءاً بلفظ « قيل » دلالة على
ضعفه راجع هذه الكتب المضممة في الهوامش الآتية : (٥٢ ، ٦٠ ، ٦٥ ، ٦٨ ، ٧٧ ،
٨٠ ، ٨٩ ، ٩٦ ، ١٠٣ ، ١٢٤ ، ١٣٣ ، ١٤٢ ، ١٥٠ ، ١٥٧ ، ١٦٤ ، ١٧١ ، ١٩٣ ،
١٩٥) ور : ٢٨ / هـ

(٣٨) يلحظ أن هذا النص مماثل لنص المتأني (ر : ٦ ب) ويمتاز عليه في أنه
ذكر الثمن في صلب الإيجاب بينما ذكر المتأني الثمن في الدعوة إلى التعاقد . وهذان
النصان يمتازان على نص السمرقندي الذي جاء خالياً من ذكر الثمن (ر : ١ ب)
(٣٩) المحيط ثالث الشيرين إلى الإجماع ؛ ر : ٤ / هـ .

فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري ، والبائع يقول لا أسمع ، ولا وقر في أذنه ، لا يصدق البائع ، لأن الظاهر يكذبه (٤٠) .

(٤٠) هذا النص يدحض بصورة قاطعة ما جاء في الكافي من أن صاحب المحيط يرى أن « الأصح قول الشيخين (ر : ٢٥ ب) » ذلك لأنه يشترط سماع الإيجاب والقبول بيننا لا يستلزم مؤدى قول الشيخين هذا السماع . وتبدو خطورة دعوى الكافي إذا عرفنا أن عدداً من الكتب الفقهية التي جاءت بمده قد تناقلتها دون تمحيص إبان موازنتها بين رأى الهندوانى ورأى القاضى علاء الدين ، فقد نقل البرجندى عن الكافي قوله : « قال صاحب المحيط الأصح قول الشيخين (ر : ٣٨ ب) » .

وجاء في غنية ذوى الأحكام فى بنية درر الحسكام نقلاً عن الكافي . . « وقال صاحب المحيط الأصح قول الشيخين (ر : ٥٤ ب) » وفى تحفة الاختيار على الدر المختار « وحرر فى الشرنبلالية عن الكافي والمحيط أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه (ر : ٦٨ ب) » وفى طوابع الأنوار : « وقال فى الشرنبلالية قد ضعفه فى الكافي حيث قال : « قال فى المحيط : الأصح قول الشيخين » يعنى الهندوانى والفضلى (ر : ٧٥ ب) » وفى حاشية الطحطاوى « وحرر فى الشرنبلالية عن الكافي والمحيط أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه (ر : ٧٢ ب) » .

وجاء فى منحة الخالق لابن عابدين : « حرر فى الشرنبلالية عن الكافي والمحيط أنه ضعيف وأن الصحيح قول الشيخين أعنى الهندوانى والفضلى (ر : ٧٠ ب) . » وانظر أيضاً إشارة أبو المكارم (ر : ٦٩ ب) والرحمى (ر : ٧٣ ب) ، وابن عابدين فى رد المحتار (ر : ٧٤ ب) إلى تضعيف الكافي لشرط السماع .

وتبدو خطورة عدم دقة الكافي فى نقله لرأى المحيط فى أن هذا النقل كان تكأة استند إليها خصوم الشرط لتقرير ضعفه ، وإذا تمحرننا آراء ناقلى هذا التضعيف المشار إليه أعلاه عن الكافي نجدهم جميعاً قد اقتدوا بالكافي فى تضعيفهم للشرط لم يشذ منهم سوى ابن عابدين الذى يعتبر نصيراً متطرفاً لهذا الشرط كما سنرى ، والطحطاوى الذى التزم موقف الحيا دمنه واعتبر الرايين مصححين . هذا ونحن نجد بالإضافة إلى الفقهاء =

١١ ب / ٢ - المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٩١ ، س ٧ : « وإذا قال : بعث من فلان النائب ، فحضر فلان في المجلس ، وقال اشترت ، يصح » (٤١) .

١٢ ب - ظهير الدين (٦١٩ هـ) ، الظهيرية ، ج ٢ ، ق ٨٨ ، س ٢٩ : « رجل قال لآخر . بعث منك هذا العبد بكذا . وقال المشتري : اشترت ،

= المشار إليهم فقهاء آخرين استندوا إلى دعوى الكافي في تأييدهم للتضعيف ، من هؤلاء الرافعي الذي اعترض على تصحيح ابن عابدين للشرط بقوله : « ولا بترك صريح التصحيح بمجرد ذلك بل اللازم اتباع ما صرحوا بتصحيحه (ر : ٧٦ ب) . » يقصد بذلك تصحيح الشيخين الذي أشار إليه الكافي .

ويقدم لنا هذا المثال دليلاً جديداً قاطعاً على الفوائد العلمية الجدية التي تقدمها الطريقة التاريخية التي انتهجنا سبيلها في دراستنا للنصوص الفقهية . إن هذه الطريقة تضع أيدينا على ينبوع الأصيل ، في الماضي البعيد ، لما نجده بين أيدينا من نصوص في كتب المتأخرين ، وهي بهذا تنيرنا بالحقيقة الساطعة ، إذا ما حجب بيننا وبينها ما يشوب النقل من تحريف ، كما في المثال الذي نعالج ، وآية ذلك أن الفقهاء المسلمين ينقل بعضهم عن بعض ، فإذا ما ذكر أحدهم عن مسألة أنها وردت في كتاب معين نقلا عن آخر ، فليس يعني ذلك أنه قد تحقق بنفسه من صحة نقلها . هذا وليس يفوتنا أن نذكر أن الأستاذ الدكتور شفيق شحاته كان أول من انتهج الطريقة التاريخية في رسالته القيمة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » (ف ١٩ رماب ، ص ٦٦ وما ب) ولقد عمدنا إلى تكميل هذه الطريقة بالمنهج المجموعي الذي سبق أن أشرنا إليه .

(٤١) لاحظ التماثل بين هذا النص والنص السابق (١١ ب / ١) . وتبدو خطورة التماثل ومدى أهميته في تحديد الموقف الصحيح الذي كان عليه صاحب المحيط إذا عرفنا أن عديداً من الكتب التي جاءت بعد المحيط قد نقلت النص السابق إبان تعرضها لشرطة السماع في الإيجاب والقبول كالتفاوت التتارخانية (ر : ١٤٠ ب / ١) والزهدي (ر : ١٥٠ ب) والبنابة (ر : ٢٩ ب / ١) وكالدراية (ر : ٣٣ ب / ١) وجامع الرموز (ر : ٤٠ ب / ١) ومجمع النهرين (ر : ٥٧ ب) .

ولم يسمع البائع قول المشتري ، لا يتم البيع . وإن سمع ذلك أهل المجلس ، والموجب يقول لم أسمع ، ولا وقر في أذنه ، لا يصدق في القضاء ، لأن الظاهر يكذبه .

١٣ ب - السجستاني (٦٣٨ هـ) ، منية المفتي ، ق ٥٦ ، س ١٨ : « لم يسمع البائع قول المشتري ، لم ينقذ ، وإن سمع أهل المجلس ، وقال الموجب ، لم أسمع ، وليس في أذنه وقر ، لم يصدق قضاء » .

١٤ ب - عالم بن علاء الغزالي (٩) التتار خانية ، ج ١ ، ق ١١٦ ، س ٥٤ : « وذكر القاضي علاء الدين رحمه الله في شرح مختلفاته والصحيح عندي أن في بعض التصرفات يكفى سماعه^(٤٢) ، وفي بعضها يشترط سماع غيره مثلاً في البيع » .

١٤ ب / ١ - المرجع السابق ، ج ٤ ، ق ٣٣٥ ، س ١ : « (م) وإذا قال لغيره : بمت منك هذا العبد بكذا . فقال المشتري : اشتريت . ولم يسمع البائع كلام المشتري ، لا ينقذ البيع بينهما ، فسماع المتماقين كلاهما في البيع شرط لانعقاد البيع بالإجماع ، فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري ، والبائع يقول : لم أسمع ، ولا وقر في أذنه ، لا يصدق البائع » .

١٤ ب / ٢ - المرجع السابق ، ق ٣٣٥ ، ص ٢ ، س ٢ : « (م) وإذا قال : بمت من فلان الغائب ، فحضر فلان المجلس ، وقال اشتريت ، يصح^(٤٣) » .

مجموعة القدوري

١٥ ب - الزاهدي (٦٥٨ هـ) ، شرح القدوري ج ١ ، ق ٢٦١ ، س ٣٦ : « (ط) سماع المتماقين للإيجاب والقبول شرط لانعقاد ، ولو سمع أهل المجلس ، وقال البائع لم أسمع ، وليس به وقر ، لم يصدق » .

١٥ ب / ١ - المرجع السابق ، ج ١ ، ق ٢٦٢ ، س ٨ : « بتمه من فلان الغائب ، فحضر الغائب في المجلس ، وقال اشتريت ، صح^(٤٤) » .

(٤٢) أول نص ينقل رأى علاء الدين كما ورد في المحيط ؛ ر : هـ / ٣٧ .

(٤٣) لاحظ أن هذا النص يتعارض مع النص السابق ويبدو أن هذين النصين

المتعارضين قد نقلتا عن المحيط كما يفيد حرف (م) المبدؤين به . ر : هـ / ١ ، هـ / ٦ .

(٤٤) الزاهدي ثانياً من ينقل عن المحيط شرط السماع ويستفاد ذلك من حرف

القرن الثامن

(مج ف)

١٦ ب - أبو المكارم (٧١٠ هـ) ، الفتاوى الولوالجية ، ج ٢ ، ق ٢ ، س ٤٤ :
« رجل قال لآخر : بعت منك هذا الشيء بكذا ، وقال الآخر : اشتريت ، فلم يسمع
البائع قوله ، لا ينعقد البيع وإن سمع أهل المجلس والبائع يقول لم أسمع ، وليس في أذنه
وفر ، لا يصدق في القضاء ، لأن الظاهر يكذبه »

(مج ق)

١٧ ب - الحدادی (٨٠٠ هـ) ، السراج الوهاج ، ق ٣٢٦ ، س ٢٢ :
« وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق^(٤٥) كالطلاق والعقاق والاستثناء .
١٨ ب - الفقيه السابق ، الجوهرة النيرة ، ج ١ ، ص ٦٦ ، س ١٨ :
« وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق^(٤٦) . »

(مج هـ)

١٩ ب - السكاكي (٧٤٩ هـ) ، معراج الدراية ، ج ١ ، ق ٦٩ ، س ٤٧ :
« شرط الهندواني خروج صوت يصل إلى أذنه ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ،
وشرط بشر الريسى وأحمد خروج الصوت من الفم وإن لم يصل إلى أذنه ..
ولم يشترط السكرخي وأبو بكر البلخي المعروف عنه بالأعمش السماع ، واكتفيا بتصحيح
الحروف ، وبه قال مالك .. واختار شيخ الإسلام وقاضيخان وصاحب المحيط^(٤٧) »

(ط) الذي بدء به النص الاول (١٥ ب) ويلاحظ أن النص الثاني (١٥ ب / ١)
يتعارض مع النص الاول . وقد سبق أن وجدنا هذا التعارض في نصي التتارخانية
(راجع الهامش السابق) .

(٤٥) ر : ٥/هـ .

(٤٦) ر : ٥/هـ .

(٤٧) ر : ٣٠/هـ .

والحلواني^(٤٨) قول الهندواني - وفي لفظ الكتاب - أى الجامع^(٤٩) - إشارة إلى هذا - أى إلى قول الكرخي حيث قال فيه - وإن كان وحده ، وكانت صلاة يجهر فيها ، قرأ في نفسه وإن شاء جهر وأسمع نفسه - فلما فسر الجهر بكونه مسموعاً لنفسه ، لا بد أن يكون المخافتة ما لم يكن مسموعاً إذ لو كان إسماع نفسه داخلاً في القراءة لكان مستفاداً من قوله قرأ في نفسه ، فعلم أن المراد من قوله قرأ في نفسه تصحيح الحروف ، يؤيده قول ابن مسعود : من أسمع أذنيه لم يخافت .

احتج من قال لا يجوز ما لم يسمع نفسه ، بأن القراءة كلام ، وهو عبارة عما يظهر المرء في ضميره ، ولهذا قيل اللسان ترجمان القلب ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع وحروف مفهومة ، لأن الكلام لا يوجد مع إقامة الحروف كالكتابة فإنها لا تسمى كلاماً وإن وجد إقامة حروف مفهومة مظهرة لما في الضمير . وأما قوله : إن الكلام قول اللسان ، قلنا نعم ، لكن مع الصوت ، وإقامة الحروف . وأما قوله في الكتاب إشارة إلى ما ادعاه قلنا ليس كذلك ، بل فيه دليل على ما قلنا ، لأنه أراد بقوله : وقرأ في نفسه ، أن يسمع نفسه لا غير ؛ وبقوله : وإن شاء جهر وأسمع نفسه ، وغيره ، فصار كأنه قال المنفرد فيما يجهر بالخيار إن شاء أسمع نفسه لا غير وإن شاء أسمع غيره وأسمع نفسه ، لأن الجهر عبارة عن إسماع الغير ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والمحيط^(٥٠) - إلى هذا - أى إلى أن القراءة فعل اللسان دون الصماخ وهو ثقب الأذن - وغير ذلك - كالتعليق وحكم التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة وجواز الصلاة كذا في جامع قاضيخان قال شيخ الإسلام وكذا الأيلاء ؛ والبيع على الخلاف^(٥١) وقيل^(٥٢) الصحيح في البيع أن يسمع المشتري .

(٤٨) قارن المحيط (١١ ب) حيث أفرق بين رأى الهندواني ورأى الحلواني .

(٤٩) قارن : ١٩/هـ .

(٥٠) السكاكي ينحاز إلى رأى الهندواني .

(٥١) ر : ٥/هـ .

(٥٢) السكاكي أول من ينقل رأى علاء الدين مضمناً ويستفاد التضعيف من لفظ

« قيل » ، ر : ٣٧/هـ .

٢٠ ب — الاتقاني (٧٥٨ هـ) ، غاية البيان ، ج ١ ، ق ٨٦ ، ص ٢٤ :
« قوله وفي لفظ الكتاب إشارة إلى هذا — أى لفظ مختصر القدورى ^(٥٢) وهو ما ذكره
في أول الفصل بقوله فهو مخير إن شاء جهر وأسمع نفسه ، وإن شاء خافت ، إشارة
إلى ما قاله الكرخي ، لأنه جمل أدنى المخافتة ما دون إسماع النفس كما ترى فلم أن
الصحيح تحصيل الحروف وتصحيحها كاف . . وقيل الكلام فعل اللسان مع الصوت
 وإقامة الحروف . أقول التقييد بالصوت اصطلاح من عند هذا القائل فلا يكون حجة
على غيره ، فلا نسمعه ، على أنا نقول الكلام معنى ينافي السكوت ، والخرس ، والآفة
وبتصحيح الحروف يحصل هذا المعنى ، فلا يحتاج إلى الصوت ^(٥٤) وعلى هذا الخلاف ^(٥٥)
إذا خافت بحيث لا يسمع نفسه التسمية على الذبيحة ، ووجوب سجدة التلاوة ،
والأقارير ، والبيوع ، فافهم . »

٢١ ب — البارقى (٧٧٦ هـ) ، العناية ، على الفتح ، ج ١ ، ص ٢٣٣ . « اعلم
أن أجزاء الكلمات المستعملة على اللسان على نوعين : كلام وقراءة ، لأن الغرض منه
إما أن يكون إفادة النسبة للمخاطب ، أولا . فإن كان الأول ، فهو الكلام . وإلا فهو
القراءة . وكل منهما على نوعين : جهر ومخافتة . وقد اختلف علماؤنا في الحد الفاصل
بينهما ، فذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني إلى أن المخافتة هو أن يسمع نفسه ، وما دون
ذلك مجبجة ودندنة ليس بكلام ولا قراءة . وقال : لأن مجرد حركة اللسان بدون
الصوت لا تسمى قراءة لا لغة ولا عرفاً ، وفيه نظر . فإن من رأى المصلى الأطرش
من بعيد يحرك شفتيه ، يخبر عنه أنه يقرأ ، وإن لم يسمع منه شيء . وقال الكرخي :
أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف ، وقال لأن القراءة فعل
اللسان دون الصماخ ، فإن الأطرش يتكلم ولا يسمع ، وهو كما ترى جمل المخافتة
من الكيفيات المبصرة ، والجهر من الكيفيات المسموعة . واعترض عليه بأن

(٥٣) قارن : ١٩/هـ .

(٥٤) الإتقاني ينحاز إلى رأى الكرخي .

(٥٥) ر : ٥/هـ .

الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ، ولا تسمى قراءة ، لعدم الصوت ، وهو فاسد^(٥٦) ، لأنه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقاً قراءة ، بل تصحيح الحروف باللسان قراءة . ألا ترى إلى قوله لأن القراءة فعل اللسان . . . - قوله وفي لفظ الكتاب - قيل بمعنى مختصر القدوري ، وهو ما ذكرناه في أول الفصل بقوله « فهو مخير إن شاء جهر ، وإن شاء أسمع نفسه ، وإن شاء خافت » وقيل في المبسوط^(٥٧) حيث قال : « وإن كان وحده » وكانت صلاة يجهر فيها بالقراءة ، قرأ في نفسه إن شاء ، وإن شاء جهر وأسمع نفسه » وشيخ الإسلام أول هذا الكلام نصرة لأبي جعفر بأنه أراد بقوله وقرأ في نفسه أن يسمع نفسه لا غيره ، وبقوله وإن شاء جهر وأسمع نفسه أن يسمع نفسه وغيره فصار كأنه قال « المنفرد فيما يجهر فيها بالقراءة بالخيار إن شاء أسمع نفسه لا غير ، وإن شاء أسمع نفسه وغيره » وهذا كما ترى تأويل غير محتمل ، إذ ليس في كلام محمد ما يحتمله . (وقوله وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق^(٥٨)) يعني إذا قال : أنت طالق ، أو أنت حر ، ولم يسمع نفسه ، وقع الطلاق والعناق عند الكرخي ، خلافاً للهندواني ، وكذا إذا جهر بهما وخافت بالاستثناء أو الشرط ، بحيث أنه لم يسمع نفسه ، لم بقعا في الاستثناء أصلاً ، وتأخرا إلى وجود الشرط عند الكرخي ، وعند الهندواني يقمان في الحال .

٢٢ ب - الخوارزمي (٨٠٠ هـ) ، الكفاية على الفتح ، ج ١ ، ص ١٢١ ، س ٥ : « (قوله وعلى هذا الأصل) أي وعلى هذا الخلاف (قوله وغير ذلك)^(٥٩) كالبيع والتسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة وقيل^(٦٠) الصحيح أن في بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفي بعضها شرط سماع الغير كما في البيع لو أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع ، فسمع ، يكفي ، ولو سمع البائع بنفسه ، ولم يسمعه المشتري ، لا يكفي .

(٥٦) البارتي بنحاز إلى رأى الكرخي .

(٥٧) قارن : ١٩ / هـ .

(٥٨) ر : ٥ / هـ .

(٥٩) ر : ٥ / هـ .

(٦٠) ثاني من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : ٣٧ / هـ .

(م ج و)

٢٣ ب - (٧٤٧ هـ) ، شرح المواضع المغلفة من وقاية الرواية ، ق ٢٦ ،
س ٣١ : « وأدنى المخافتة إسماع نفسه هو الصحيح . وهذا عند الهندوانى ، لأن مجرد
حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت ، هداية . احترازاً عما قيل إن أدنى الجهر
إسماع نفسه ، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف م^(٦١) ، وكذا فى كل ما تعلق
بالنطق^(٦٢) كالطلاق والمثاق والاستثناء وغيرها » .

مجموعة الكنز

٢٤ ب - النسفى (٧١٠ هـ) ، الكنز نقلاً عن تبين الحقائق ، ج ١ ، ص
١٢٨ ، س ١٨ : « وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق^(٦٣) » .

٢٥ ب - الفقيه السابق ، الكافى ، ج ١ ، ق ٣١ ، س ١٨ : « وعلى هذا
الاختلاف [بين الهندوانى والكرخى] كل ما يتعلق بالنطق^(٦٤) كالعتاق
والطلاق والاستثناء والتسمية على الذبيحة والإبلاء والبيع ، حتى لو استثنى ،
ولم يسمع نفسه ، لا يقع الاستثناء عند الشيخين . وكذا لو قال : إن دخلت الدار
بمد قوله ، أنت طالق جهرأ . إن أسمع نفسه ، صح التمليق ، ولا يقع الطلاق إجماعاً ،
وإن لم يسمع نفسه ، وحصل تصحيح الحروف ، فعلى الاختلاف . وقيل^(٦٥) الصحيح
أن فى بعض التصرفات يكفى سماعه ، وفى بعضها شرط سماع غيره ، كما فى البيع ،
ولو أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع ، فسمع ، يكفى ولو سمع البائع بنفسه ، ولم يسمعه
المشتري ، لا يكفى . قال صاحب المحيط : الأصح قول الشيخين^(٦٦) » .

٢٦ ب - الزيلعى (٧٤٢ هـ) ، تبين الحقائق ، ج ١ ، ص ١٢٨ ، س ١٨ :

(٦١) يقصد بحرف (م) المحيط .

(٦٢) ر : ٥ / ٥ .

(٦٣) ر : ٥ / ٥ .

(٦٤) ر : ٥ / ٥ .

(٦٥) ثالث من ينقل رأى علاء الدين مضمناً ، ر : ٣٧ / ٥ .

(٦٦) ترجيح المحيط لرأى الهندوانى على رأى علاء الدين هو محل نظر ! ر : ٤٠ / ٥ .

« وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق^(٦٧) كالتسمية على الذبيحة ووجوب السجدة بالتلاوة والعناق والطلاق والاستثناء » .

القرن التاسع

(مج ف)

٢٧ ب - ابن البراز الكردري (٨٢٧ هـ) ، فتاوى على هامش الهندية ، ج ٤ ، ص ٣٦٤ ، س ٧ : « وسماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه شرط انعقاد البيع ، حتى إذا أوجب أحدهما أو قبل ، ولم يسمع الآخر ، لا يتم البيع بالإجماع^(٦٨) وكذا في النكاح والخلع في المختار . ولو سمع أهل المجلس ، وزعم أحدهما عدم السماع ، إن لم يكن في أذنه وقر ، لا يصدق قضاء » .

٢٧ ب/١ - المرجع السابق ، س ١٦ « قال : بعت ، وقال المشتري : اشتريت ، وقارنه الآخر : « رجعت » إن ممّا لا يتم البيع ، وإن عاقبه البائع : « رجعت » تم . ٢٧ ب/٢ - المرجع السابق ، ص ٣٦٦ ، س ١٤ : « بعت من فلان الغائب ، فحضر في المجلس ، وقبل صح^(٦٩) ، وكما يتمقد بالخطاب من الحاضر يتمقد بالخطاب من الغائب أيضاً . كتب البائع إلى آخر : بعت عبدى منك بكذا ، وقال عند وصول الكتّاب قبلت ، تم ، ولو كتب إليه اشتريت عبدك ، فقال : بعت ، تم لوجود الركنين » .

٢٨ ب - أبو القاسم (٨٨٠ هـ) ، جامع الفتاوى ، ق ٥٧ ، س ١٦ : « سماع العاقدین كلاهما شرط انعقاد البيع ، حتى إذا أوجب أحدهما ، أو قبل ، ولم يسمع

(٦٧) ر : هـ / ٥ .

(٦٨) رابع المشيرين إلى الإجماع ، ر : هـ / ٤ .

(٦٩) هذا النص يتعارض مع النص السابق ، ر : هـ / ٦ ، وانظر ما سيأتى

٤٢ ب / ٣ .

الآخر ، لا يتم البيع بالإجماع^(٧٠) ، وكذا في النكاح والخلع ، ولو سمع أهل المجلس ، ونزع أحدهما عدم السماع ، إن لم يكن في أذنه وقر ، لا يصدق قضاء .

(مج ٥)

٢٩ ب - المعنى (٨٥٥) ، البناية في شرح الهداية ، ج ١ ، ص ٦٩٩ ،
س ٢ : « (وعلى هذا الأصل) أى وعلى الاختلاف المذكور كل ما يتعلق بالنطق^(٧١)
كالطلاق . . . وقيل^(٧٢) الصحيح في البيع أن يسمع المشتري . »

٢٩ ب / ١ - المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٦ ، س ١٥ : « وفي المحيط^(٧٣)
سماع المتماقدين الإيجاب والقبول شرط للانعقاد ، ولو سمع أهل المجلس ، وقال البائع لم
أسمعه وليس وقر ، لم يصدق »

٣٠ ب - السكال بن هام (٨٦١ هـ) ، فتح القدير ، ج ١ ، ص ٢٣٣ ، س ٦ :
« وفي المحيط قول الهندوأنى أصح^(٧٤) واعلم أن القراءة وإن كانت فعل اللسان ، لكن
فعله الذى هو كلام ، والكلام بالحروف ، والحروف كيفية تعرض للصوت ، وهو
أخص من النفس ، فإنه النفس المعروض بالقرع ، فالحروف عارض للصوت ، لا للنفس
فيجرد تصحيحها بلا صوت إيماء إلى الحروف بمضلات الخارج ، لا حروف ،
فلا كلام ، بقى أن هذا لا يقتضى أن يلزم فى مفهوم القراءة أن يصل إلى السمع ،
بل كونه بحيث يسمع ، وهو قول بشر الريسى ، ولعله المراد بقول الهندوأنى ، بناء

(٧٠) خامس الشيرين إلى الإجماع ، ر : هـ / ٤ . يلحظ أن جامع الفتاوى لم
يحصر الإجماع بالبيع على غرار المؤلفات السابقة (ر : هـ / ٤ ، هـ / ٧ ، هـ / ٣٩ ،
هـ / ٦٨) بل بسطه على النكاح والخلع أيضاً .

(٧١) ر : هـ / ٥٥ .

(٧٢) رابع من ينقل رأى علاء الدين مضمناً ، ر : هـ / ٣٧ .

(٧٣) ر : هـ / ٤١ .

(٧٤) ر : هـ / ٣٠ .

على أن ظاهره سماعه بعد وجود الصوت إذا لم يكن مانع^(٧٥) (قوله وغير ذلك) كالتمسية على الذبيحة ، ووجوب السجدة بتلاوته ، وجواز الصلاة ، قال شيخ الإسلام وكذا (الإيلاء والبيع على الخلاف^(٧٦) وقيل^(٧٧) الصحيح في البيع أنه لا بد من أن يسمع المشتري »

٣٠ ب/١ - المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٧٤ ، س ١٣ : « (قوله ينمقد بالإيجاب والقبول) يعنى إذا سمع كل كلام الآخر . ولو قال البائع : لم أسمعه ، وليس به صمم ، وقد سمعه من فى المجلس ، لا يصدق^(٧٨) »

(٧٥) سوى بين رأى الهندوانى والمريسى انظر تأييد هذه التسوية فى الفتاوى الخيرية (ر : ٤٧ ب) .
(٧٦) ر : ٥/٥ .

(٧٧) السكال بن هام هو خامس من ينقل رأى علاء الدين مضمناً ، ر : ٣٧/٥ .
(٧٨) يلاحظ أن اشتراط السكال بن هام للسمع فى الجزء الخامس من مؤلفه عند بحثه لشرائط انعقاد البيع يتعارض مع تضعيفه لهذا الشرط فى الجزء الأول من مؤلفه عند بحثه لدرجة ظهور القراءة كما أشرنا فى النص السابق (ر : ٣٠ ب) وتبدى أهمية هذا التعارض إذا عرفنا أن فتح القدير كان مصدراً موثقاً لدى المتأخرين وقد اتخذ هؤلاء الفقهاء موقفين فى نقلاهم عن الفتح .

فمنهم من نقل تقويته له أمثال عبد الحليم والأسكوبى وأبى السعود .
(أ) جاء فى حاشية عبد الحليم : « (قوله بالإيجاب والقبول) أطلقه ولكن المراد أن يسمع كل كلام الآخر .. كما فى الفتح (ر : ٥٦ ب) » .
(ب) وجاء فى مهتدى الأنهر : « (وينمقد بإيجاب وقبول) يعنى إذا سمع كل كلام الآخر ... كما فى الفتح » (ر : ٦٥ ب) .

(ج) وجاء فى فتح الله المعين « والصحيح أنه لا بد من سماع المشتري كما فى الفتح (ر : ٦٤ ب) » والذى ورد فى الفتح مبدوء بـ قيل ، لا بد الصحيح ومنهم من نقل تضعيفه له أمثال عمر بن نجيم ، والشرنبلالى ، و ابن عابدين
(أ) جاء فى النهر الفائق « وقيل الصحيح فى البيع أنه لا بد أن يسمع المشتري .. كذا فى الفتح (ر : ٥١ ب)

٣١ ب - الأمدي (٩٠٠ هـ) ، زبدة الدراية ، ج ٣ ، ق ١٢٠ ، س ٢٦ :
 « (وعلى هذا الأصل) أى وعلى الاختلاف المذكور كل ما يتعلق بالنطق^(٧٩) . والبيع
 على الخلاف المذكور ، وقيل^(٨٠) الصحيح في البيع أن يسمع المشتري » .

(مج و)

٣٢ ب - ابن سندان (٨٣١ ؟) ، توفيق العناية ، ق ١٧ ، س ٢٧ : « وتبنى
 على ذلك كل ما يتعلق بالنطق^(٨١) كالطلاق والعناق . »

٣٣ ب - الشُّمْنِي (٨٧٢ هـ) كمال الدراية ، ج ١ ، ق ٥٠ ، س ٣٩ : « (وكذا
 كل ما يتعلق بالنطق^(٨٢) كالطلاق والعناق والاستثناء وغيرها) وأشار بقوله وغيرها
 إلى الشرط في الطلاق والعناق وإلى التسمية للذبيحة والتلاوة للسجدة والإيجاب
 والقبول للبيع » .

٣٣ ب / ١ - المرجع السابق ، ج ٢ ، ق ٣ ، س ٧ : « وفي المحيط^(٨٣) سماع
 المتعاقدين الإيجاب والقبول شرط الانعقاد . ولو سمع أهل المجلس ، وقال البائع لم
 أسمع ، ولم يكن به وقر ، لم يصدق . »

٣٤ ب - ابن ملك (٨٨٥ هـ) شرح الوقاية ، ق ٢٧ ، س ١٣ : « وأدنى

(ب) وفي غنية ذوى الأحكام للشرنبلالى : « وقيل الصحيح أنه لا بد أن
 يسمع المشتري . . . كذا في فتح القدير . . . قلت قد ضعفه في الكافي . . . وكذا
 يضعفه ما قدمناه عن الكمال (ر : ٥٤ ب) » .

(ج) وفي رد المختار : « ولم يمول الشارح [الحصكفى] على هذا القول [تقوية
 النهر] فعبّر عنه بقيل تبعاً للفتح (ر : ٧٤ ب) »

(٧٩) ر : ٥ / ٥٠ .

(٨٠) سادس من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : ٣٧ / ٥ .

(٨١) ر : ٥ / ٥٠ .

(٨٢) ر : ٥ / ٥٠ .

(٨٣) ر : ٤١ / ٥٠ .

المخافة إسماع نفسه ، وهذا عند الهندوإنى .. وهو صحيح ، احترز به عن قول الكرخى وهو أدنى المخافة أن يصحح الحروف لأن القراءة فعل اللسان ، وذلك بإقامة الحروف دون الصماخ ، لأن السماع يحصل بالأذن ، وهو فعل السامع ، لافعل القارىء (وكذا ما يتعلق بالنطق^(٨٤) كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها) أى كالتسمية فى الذبح .

٣٥ ب — يعقوب باشا (٨٩١ هـ) ، حاشية ، ق ٣٤ ، س ١٨ : « (قوله وغيره) كالبيع والإيلاء والتسمية على الذبيحة ، وذكر الزاهدى أن الصحيح^(٨٥) فى البيع أن يسمى المشتري . »

(م ج ك)

٣٦ ب — الصيغى (٨٥٥ هـ) شرح السكندر ، ج ١ ، ص ٢٦ ، س ١٣ : « وعلى هذا كل ما يتعلق بالنطق^{٨٦} كالطلاق والعتاق والاستثناء والتسمية على الذبيحة والإيلاء والبيع . »

بمجموعة الدرر

٣٧ ب — منسلا خسرو (٨٨٥ هـ) ، ج ١ ، ص ٨٢ ، س ١ : « والأول [الهندوإنى] أصح .. وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق كالتسمية على الذبيحة ووجوب السجدة فى التلاوة والطلاق والعتاق والاستثناء^(٨٧) . »

القرن العاشر

(م ج و)

٣٨ ب — البرجندى (٩٣٠ هـ) ، شرح على الوقاية ، ق ٩١ : « (وكذا

(٨٤) ر : ٥ / هـ .

(٨٥) يشير هذا النص إلى أن الزاهدى يشترط السماع .

(٨٦) ر : ٥ / هـ .

(٨٧) ر : ٥ / هـ .

في كل ما يتعلق بالنطق^(٨٨) أى وكما أن المتعبر في قراءة الخفاقة إسماع نفسه ، حتى لو لم يسمع نفسه لا تكون معتبرة على الصحيح ، كذلك المتعبر إسماع نفسه في كل ما يتعلق بالنطق ، حتى لو لم يسمع نفسه لا يعتبر على الصحيح (كالطلاق والعناق والاستثناء وغيرها) . . . وقيل^(٨٩) الصحيح أنه في بعض التصرفات يكتب بسماعه كالطلاق والعناق ، وفي بعضها يشترط سماع غيره كما في البيع ، لو أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع ، فسمع ، يكفي ، ولو سمع البائع بنفسه ، ولم يسمعه المشتري ، لا يكفي ، قال صاحب المحيط^(٩٠) الأصح قول الشيخين .

٣٩ ب - ابن كمال باشا (٩٤٠ هـ) إيضاح الإصلاح ، ق ٧٧ ، س ٢١ :
« (وكذا في كل ما يتعلق بالنطق^(٩١) كالطلاق والعناق والاستثناء وغيرها) من البيع والنكاح والايلاء واليمين ، أى أدنى الخفاقة في هذه الأشياء إسماع نفسه ، حتى لو طلق بحيث صحح الحروف ولكن لم يسمع نفسه ، لا يقع »

٤٠ ب - قهستاني (٩٧٠ هـ) جامع الرموز ، ج ١ ، ص ١٦٥ - ١٦٦ :
« (وكذا) أى مثل الجهر والخفاقة في القراءة الجهر والخفاقة (في كل ما يتعلق بالنطق) وهو في المعارف أصوات مقطعة ، يظهرها اللسان ، وتميها الآذان ، ولا يكاد يقال إلا للإنسان . (كالطلاق والعناق والاستثناء وغيرها) . . . وفي المحيط^(٩٢) قال القاضي علاء الدين : الصحيح عندي أن إسماع النفس كاف في بعض التصرفات دون بعض ، ألا ترى أن البائع لو أسمع نفسه بلا إسماع المشتري لم يكن كافياً » .

٤٠ ب / ١ - المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٤ ، س ٢١ : « يشترط سماع كل من العاقلين كلام الآخر كما في المحيط^(٩٣) ، لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع

(٨٨) ر : ٥ / ٥ .

(٨٩) سابع من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً . ر : ٥ / ٣٧ .

(٩٠) تصحيح صاحب المحيط محل نظر ! ر : ٤٠ / ٥ .

(٩١) ر : ٥ / ٥ .

(٩٢) ر : ٥ / ٣٧ .

(٩٣) ر : ٥ / ٤١ .

لا بمحض التعليل^(٩٤) .

٤١ ب — ملا الياس (٩٧٠ هـ) شرح الوقاية : « (وكذلك في كل ما يتعلق بالنطق^(٩٥) كالطلاق . . وغيرها) وقيل^(٩٦) أنه يكفي في بعض التصرفات بسماعه ، وفي بعضها شرط سماع غيره ، كما في البيع لو أذن المشتري صماخه إلى فم البائع فسمع البيع ، يكفي ، ولو سمع بنفسه ، ولم يسمعه المشتري ، لا يكفي » .

٤١ ب/١ — المرجع السابق ، كتاب النكاح : « (وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر) والظاهر أن هذا الشرط غير مختص بالنكاح بل جميع العقود كذلك »
(حج ك)

٤٢ ب — زين الدين بن نجيم (٩٧٠ هـ) ، البحر الرائق ، ج ١ ، ص ٢٣٧ ، س ٨ : « وفي الذخيرة^(٩٧) معزيا إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته أن الأصح

(٩٤) يلحظ أن القهستاني هو الوحيد الذي قدم تعليلاً لشريطة السماع في عقد البيع ، وسنجد إبان استمرارنا لشريطة السماع في الإيجاب والقبول في عقد النكاح أن الفقهاء قدموا له أكثر من تعليل .
(٩٥) ر : هـ / ٥ .

(٩٦) ثامن من ينقل رأى علاء الدين مضمناً ، ر : هـ / ٣٧ .
(٩٧) نص الذخيرة هو نفس النص الذي سبق أن نقلناه عن المحيط البرهاني (ر : ١١ ب) ؟ ر : هـ / ٢٨ ، ر : هـ / ٣٧ .

ويلحظ أن نص الذخيرة يتضمن لفظ « الصحيح » لا « الأصح » كما نقل في البحر الرائق وتبدو قيمة هذه الملاحظة إذا عرفنا أن ثمة عدداً من الكتب نقلت نص الذخيرة محوراً كما ورد في البحر ، جاء في غنية ذوي الأحكام : « ونقل في البحر عن الذخيرة معزياً إلى القاضي علاء الدين . . أن الأصح عندي (ر : ٥٤ ب) » وجاء في منح الغفار : « وفي البحر حاكياً عن الذخيرة معزياً إلى القاضي علاء الدين أن الأصح عندي (ر : ٦٠ ب) . » وفي رد المختار : « قال في الذخيرة معزياً إلى القاضي علاء الدين . . أن الأصح عندي (ر : ٧٤ ب) . » وفي السندی : « وفي الذخيرة معزياً إلى القاضي علاء الدين أن الأصح عندي (ر : ٧٥ ب) » =

عندى أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفى بعض التصرفات يشترط سماع غيره ، مثلاً فى البيع . . . »

٤٢ ب/ ١ - المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٢٦٦ ، س ٢٢ : « وإذا قبل المشتري فلم يسمعه البائع لم ينعقد . فسماع المتعاقدين كلاهما فى البيع شرط للانعقاد إجماعاً^(٩٨) فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري ، والبائع يقول لم أسمع ، ولا وقر فى أذنه ، لم يصدق قضاء ، وفى البرازية^(٩٩) وكذا السماع شرط فى النكاح والخلع فى المختار ، وشرط فى الحاوى القدسي^(١٠٠) السماع والفهم . »

٤٢ ب/ ٢ - المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٢٧٢ ، س ٢٨ : « وفى القنية : ولا يجوز أن يناديه من بعيد أو من وراء جدار ، رجل فى البيت فقال للذى فى السطح بعت منك بكذا ، فقال : اشتريت : صح . إذا كان كل منهما يرى صاحبه ، ولا يلتبس الكلام للبعد . ولو تعاقدوا البيع ، وبينهما البحر ، يصح البيع . قلت ، وإن كان نهراً عظيماً تجرى فيه السفن . قال رضى الله عنه : وقد تقرر . فى أمثال هذه الصورة على أنه إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه ، يمنع ، وإلا فلا »

٤٢ ب/ ٣ - المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٢٧٣ ، س ٢ : « وفى البرازية^(١٠١) بعت من فلان الغائب ، فحضر فى المجلس ، وقبل ، صح . وهو مشكل لعدم سماع الغائب كلام الحاضر ، ولعدم اتحاد المجلس ، وحمله على ما إذا أعاد الإيجاب بعد حضوره بعيد كما لا يخفى . »

== ويلاحظ أن النصين الأخيرين لم يشيرا إلى أنهما نقلا عن البحر ، بيد أن سياقهما يفيد نقلاهما عنه ، ونشير هنا إلى أن ميل صاحب البحر إلى رأى علاء الدين قد يكون هو الذى دعاه - ولو بصورة لا شعورية - إلى هذا التحوير .

(٩٨) سادس المشيرين إلى الإجماع ؛ ر : ه / ٤ .

(٩٩) ر : ٢٧ ب .

(١٠٠) ر : ٧ ب .

(١٠١) ر : ٢٧ ب / ٢ ؛ ه / ٦ .

٤٣ ب - شلبي (١٠٠٠ هـ) ، الفوائد الرقائق ، ج ١ ، ص ١٢٧ ، س ٢٤
 « فلا يقع الطلاق والعتاق ولا يصح الاستثناء ما لم يكن مسموعاً له اه قال شيخ
 الاسلام وكذا الإيلاء والبيع على الخلاف^(١٠٢) ، وقيل^(١٠٣) الصحيح في البيع
 أن يسمع المشتري » .

مجموعة ملتقى الأبحر

٤٤ ب - الحلبي (٩٥٦ هـ) غنية التمثلي شرح منية المصلي ، ص ١٥٠ ، س ٢٣ :
 « وعلى هذا كل ما يتعلق بالنطق^(١٠٤) كالطلاق . . ووجوب السجدة بتلاوته ونحو
 ذلك لا يصح عند الشيخين ما لم يسمع نفسه ومن يقربه^(١٠٥) » .

٤٥ ب - الباقي (١٠٠٠ هـ) بحر الأنهر ، ق ٤٢ : « وكذا الحكم في كل
 ما يتعلق بالنطق^(١٠٦) كالطلاق ، وغيرها . . وفي الذخيرة^(١٠٧) حلف لا يكلم فلانا ،
 فناداه من بعد بحيث لا يسمع يحنث ، لأن شرط الحنث وجود الكلام معه
 ولم يوجد » .

القرن الحادي عشر

(مج ف)

٤٦ ب - بعض علماء المنفود (١٠٧٠ هـ) ، فتاوى ، ج ١ ، ص ٧٢ ،
 س ٢٠ : « اختلفوا في حد الجهر والخافتة قال الفقيه أبو جعفر والشيخ الإمام
 أبو بكر محمد بن الفضل : أدنى الجهر أن يسمع غيره ، وأدنى الخافتة أن يسمع ،

(١٠٢) ر : ٥ / ٥ .

(١٠٣) تاسع من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : ٣٧ / ٥ .

(١٠٤) ر : ٥ / ٥ .

(١٠٥) يلحظ أن رأى الشيخين هو الاكتفاء بسماع صاحب التعبير .

(١٠٦) ر : ٥ / ٥ .

(١٠٧) ر : ١١ ب .

نفسه ، وعلى هذا يعتمد ، كذا في المحيط^(١٠٨) وهو الصحيح كذا في الوقاية والنقاية ، وبه أخذ عامة المشايخ كذا في الزاهدى^(١٠٩) .

٤٦ ب/١ - المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٣ ، س ٣ : « ومنها سماع المتعاقدين كلامهما وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع^(١١٠) . فإذا قال المشتري : اشتريت ، ولم يسمع البائع كلام المشتري ، لم ينعقد البيع ، هكذا في الفتاوى الصغرى^(١١١) فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري ، والبائع يقول لم أسمع ، ولا وقر في أذنه ، لم يصدق قضاء ، كذا في البحر الرائق^(١١٢) .

٤٧ ب - الرملی (١٠٨١ هـ) ، الفتاوى الخيرية ، ج ١ ، ص ١٣ : « الظاهر من عباراتهم أن في المسألة ثلاثة أقوال : قال الكرخي إن القراءة تصحيح الحروف وإن لم يكن الصوت بحيث يسمع وقال بشر : لا بد أن يكون بحيث يسمع . وقال الهندواني : لا بد أن يكون مسموعاً له . زاد في المجتبى في النقل عن الهندواني أنه لا يجزئه ما لم تسمع أذناه ومن بقربه اه ونقل في الذخيرة أن الأصح هذا ولا ينبغي أن يجعل قولاً رابعاً ، بل هو قول الهندواني الأول ، وفي العادة أن ما كان مسموعاً له يكون مسموعاً لمن هو بقربه ، إلى هنا كلام البحر ، أقول ما قاله الهندواني أصح وأرجح » .

(م ج و)

٤٨ ب - الهروى (١٠١٤ هـ) ، فتح باب العناية ، ج ١ ، ص ١٥٠ ، س ٤ : (وأدنى الخافئة إسماع نفسه هو الصحيح) لأن حركة اللسان بدون الصوت لا يسمي قراءة ، لا لغة ولا عرفاً . وقال الكرخي أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى الخافئة أن يصحح الحروف ، لأن القراءة فعل الأذن ، وفيه أن الحرف صوت يعتمد على مخرج

(١٠٨) ر : ١١ ب .

(١٠٩) ر : ٣٠ / هـ .

(١١٠) سابع المشيرين إلى الأجماع ، ر : ٤ / هـ .

(١١١) ر : ٢ ب .

(١١٢) ر : ٤٣ ب سبق أن أشرنا إلى أن أول نص حدد الضابط الموضوعي هو

مجموع النوازل ، ر : ٩ / هـ .

عحق أو مقدر ، فلا يتحقق بدون السمع ، وغيره يكون خاطراً وخيالا (وكذا
الخلافاً في كل ما يتعلق بالنطق^(١١٣) كالطلاق والعتاق وغيرها) كالشرط في الطلاق
والعتاق والتسمية للذبيحة والتلاوة للمسجدة والإيجاب والقبول في البيع
والنكاح وأمثالها . »

٤٨ ب / ١ - المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣ ، س ١٥ : « ويشترط سماع
المتماقدين كلامهما . »

٤٩ ب - القزاني (١١٠٠ هـ) ، غواص البحرين على جامع الرموز ، ج ٣ ،
ق ٦٩ ، س ٣٦ : « (وإلى أنه يشترط سماع كل من المتماقدين كلام الآخر لما في المحيط)
لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع لا بمحض التعقل . »
(بح ك)

٥٠ ب - المقدسي (١٠٠٤) ، أوضح رموز على نظم السكندر ج ١ ، ق ٦٥ ،
س ٥٤ : « وحد المخافاة أن يسمع نفسه ، أو من يضع أذنه عند فيه كما قال الهندواني ،
وما دونه في تصحيح الحروف بلا صوت ليس بقراءة ، وإن ذهب إليه السرخسي ،
وصححه في البدائع^(١١٤) ، والجمهور على الأول ، وعليه الممول في ذلك ، وفيما يتعلق
بالنطق^(١١٥) من طلاق وعتاق واستثناء وتسمية الذبح وغير ذلك »

٥٠ ب / ١ - المرجع السابق ، ج ٣ ، ق ٣ ، س ٣٦ : « ولا بد من سماع
كل من المتماقدين كلام الآخر ، فلو قال بائع لم أسمع قول المشتري ، ولا صمم به ، وقد
سمعه من المجلس ، لا يصدق »

٥١ ب - سراج الدين بن نجيم (١٠٠٥ هـ) ، النهر الفائق ، ج ١ ، ق ١٣٧ ،
س ١٦ : « واختلف في حد الجهر والإخفاء ، فاقتار السرخسي أنه إسماع نفسه ،

(١١٣) ر : ٥ / ٥ .

(١١٤) ر : ٢١ / ٥ .

(١١٥) ر : ٥ / ٥ .

والخافضة تصحيح الحروف ، قالوا وإلى ذلك أشار محمد في الأصل^(١١٦) . . . ، قال في البدائع وهذا أصح وأقرب^(١١٧) وصرح محمد في الآثار بأنه إذا حرك شفتيه بالاستثناء فقد استثنى ، وهو قول أبي حنيفة ، واختار الهندواني — ونسبه في الذخيرة إلى الحلواني — أن الجهر إسماع غيره ، والخافضة إسماع نفسه ، زادني المجتبى : ومن بقره ، وعليه أكثر المشايخ ، وهو الأصح^(١١٨) ويخرج على الخلاف كل ما يتعلق بالنطق^(١١٩) كالطلاق والمناق والاستثناء وتسمية الذبائح وسجود التلاوة والبيع ، وقيل^(١٢٠) الصحيح في البيع أنه لا بد أن يسمع المشتري كذا في الفتح . أقول : ينبغي أن يكون الحكم كذلك في كل ما يتوقف تمامه على القبول^(١٢١) ولو غير

(١١٦) ر : ١٩ / ٥ . (١١٧) ر : ٢١ / ٥ .

(١١٨) ر : ٣٠ / ٥ . (١١٩) ر : ٥ / ٥ .

(١٢٠) ر : ٧٨ / ٥ .

(١٢١) يستفاد من كلام صاحب النهر أنه يميل إلى تقوية شرط السماع بدليل أنه بسط حكمه على بقية التصرفات التي تفتقر إلى قبول ، وبؤيد هذا الفهم أن الفقهاء فيما بعد قد اعتبروا صاحب النهر في عداد المقوين لهذا الشرط وهؤلاء الفقهاء هم أبو السعود ، وابن عابدين ، والسندی .

جاء في فتح الله المين لأبي السعود : « والصحيح أنه لا بد من سماع المشتري كما في الفتح ، زاد في النهر كل ما يتوقف تمامه على القبول) وإن لم يكن مبادلة كالنكاح (ر : ٦٤ ب) » وجاء في رد المحتار : « قال في النهر : أقول ينبغي أن يكون الحكم كذلك في كل ما يتوقف تمامه على القبول ولو غير مبادلة كالنكاح اه ولم يعمل الشارح على هذا القول فغير منه بقليل تبعاً للفتح (ر : ٧٤ ب) » وفي طوابع الأنوار للسندی : « وفي الذخيرة معزياً إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته أن الأصح عندي أنه في بعض التصرفات يكتفي بسماعه ، وفي بعض التصرفات يشترط سماع غيره مثلاً في البيع . . . اه قال في النهر : أقول ينبغي أن يكون الحكم كذلك في كل ما يتوقف تمامه على القبول ولو غير مبادلة كالنكاح (ر : ٧٥ ب) » =

مبادلة كالفتح^(١٢٢)»

٥٢ ب - الجموى (١٠٩٨ هـ) ، كشف الرمز عن خبايا الكنز ، ج ١ ،
ق ٩٨ ، س ٣٨ : « وكما أن المعتبر في قراءة المخافنة إسماع نفسه ، حتى لو لم يسمع نفسه
لا يعتبر على الصحيح ، كذا الطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها^(١٢٣) من الإيلاء
واليمين والتسمية على الذبيحة ولزوم سجدة التلاوة والبيع والشراء^(١٢٤) وقيل الصحيح
أنه في بعض التصرفات يكتفى بإسماع نفسه كالطلاق والعتاق ، وفي بعضها يشترط سماع
غيره كما في البيع » .

٥٢ ب / ١ المرجع السابق ، ج ٣ ، ق ٣ س ٣٦ : « وشرط سماع كل منهما

== ويلحظ : أن النص الأول لم ينقل شرط السماع من الفتح مضمناً بل نقله
مصححاً ، ثم أشار إلى انحياز صاحب النهر إليه . أما النص الثاني فقد أشار بوضوح
إلى تقوية صاحب النهر ، بيد أن أشار إلى تضييف الكمال له . أما النص الأخير
فقد عزى فيه السندی اشتراط السماع الى القاضي علاء الدين ، ثم أشار إلى انحياز
صاحب النهر إليه .

ويلحظ أيضاً أن صاحب النهر ، إذ يقوى شريطة السماع ، لم يفصل أسباب
تقويته ، ولم يصرح بمخالفته لصاحب الفتح ، ولعل موقفه الثاني يعمل بالسلك الذي
يلجأ إليه بعض الفقهاء عادة في مجاباتهم لآراء غيرهم فتحة من الفقهاء من لا يصرح
باعتراضه على فقيه سابق له ، تأدباً منه ، وقد أشار ابن عابدين في مقدمته لرد المحتار إلى
خطئه هذه بقوله : « ضاماً إليه [رد المحتار] ما حرره العلامة الحلي والعلامة الطحطاوى ،
وغيرهما من محشى هذا الكتاب ، وإذا وقع في كلامهما ما خلافة السواب ، أو الأحسن ،
أو الأتم أقر الكلام على ما يناسب المقام ، وأشار إلى ذلك بقولي قافهم ، ولا أصرح
بالاعتراض عليهما ، تأدباً منهما ! ! »

(١٢٢) إيس صاحب النهر هو أول من قال بأشتراط السماع في النكاح ، وسنتناول

هذا الأمر بالتفصيل عند بحثنا لشريطة السماع في الإيجاب والقبول في النكاح .

(١٢٣) ر : ٥ / هـ .

(١٢٤) عاشر من ينقل رأى علاء الدين مضمناً : ر : ٣٧ / هـ .

كلام الآخر ، ولو ادعى أحدهما عدم السماع ، مع سماع أهل المجلس ، لا يصدق ، حيث لا وقر في أذنه . وما في الغنية لا يجوز أن يناديه من بعيد ، أو من وراء جدار ، محمول على ما إذا لم يسمع كلامه . ولذا رقم بعده رجل في البيت قال للذي في السطح : بيعت منك كذا . فقال : اشتريت ، صبح إذا كان كل منهما يرى صاحبه ولا يلتبس . الكلام للبعد ، ثم رقم تعاقد البيع وبينهما النهر يصب . قلت وإن كان نهراً عظيماً يجري فيه السفن ، قال الشيخ وقد تقرر أن في أمثال هذه الصور إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه ، يمنع ، والإفلا ، كذا في النهر وأقول : ظاهر كلام الغنية أولاً وآخرها أنه إذا كان أحدهما وراء جدار أنه لا يصب ، وإن سمع كلامه ، وفهمه (١٢٥) . »

(مجدد)

٥٣ ب — عزمي زاده (١٠٤٠ هـ) ، حاشية على درر الحكم ، ص ٣٤ ، س ٦ : « (قوله والطلاق والعتاق والاستثناء) حتى لو طلق امرأته أو أعتق أمته أو استثنى بأن قال : له على ألف إلا مائة ، فإن صحح الحروف فيها ولم يسمع نفسه ، لا يقع ، ولا يصح الاستثناء على ما هو الصحيح . »

٥٤ ب — الشرنبلالي (١٠٦٩ هـ) ، غنية ذوي الأحكام في بنية درر الحكم ، ج ١ ، ص ٨٢ : « قال شيخ الإسلام : وكذا الإيلاء والبيع على الخلاف (١٢٦) » وقيل (١٢٧) الصحيح في البيع أنه لا بد أن يسمع المشتري كذا في فتح القدير . ونقل في البحر (١٢٨) عن الذخيرة (١٢٩) ممزياً إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته أن

(١٢٥) يلحظ أن هذا النص يشترط رؤية كل من الماعدين للآخر إلى جانب

سماعه وفهمه .

(١٢٦) ر : ٥٠ / ٥ .

(١٢٧) ر : ٧٨ / ٥ .

(١٢٨) ر : ٤٢ ب .

(١٢٩) ر : ١١ ب .

«الأصح»^(١٣٠) عندى أن فى بعض التصرفات يكتب بسماعه ، وفى بعض التصرفات يشترط سماع غيره ، مثلاً فى البيع لو أدنى المشتري سماعه إلى فم البائع ، وسمع يكفى ، ولو سمع البائع نفسه ، ولم يسمعه المشتري ، لا يكفى ، وفيما إذا حلف لا يكلمه ، فناداه من بعد بحيث لا يسمع ، لا يحث اهـ قلت قد ضعفه فى الكافي^(١٣١) حيث قال : وقيل الصحيح أن فى بعض التصرفات يكتب بسماعه . . . وقال صاحب المحيط الأصح قول الشيخين وقول الشيخين الشرط سماع نفسه ، وكذا يضعفه ما قدمناه عن السكال^(١٣٢) . »

٥٥ ب - نوح افندى (١٠٧٠ هـ) ، نتائج النظر على الدرر ، ج ٣ ، ص ٢٨٠ : « وما ذهب إليه الفقيه أبو جعفر الهندوانى موافق لما ذكر فى الجامع الصغير ، وهو آخر التصنيفين ، فيرجح ما فيه على غيره . »

٥٦ ب - عبد الحليم (١٠٦٠ هـ)^(١٣٣) كشف رموز غرر الأحكام ، ج ١ ، ص ٦٣ ، س ٣٠ : « قوله هذا مختار الهندوانى - بل قاله وذهب إليه ومنهم من قال هو مذهب محمد ، وهذا القول هو مختار الجمهور ، عليه التمويل ، كما فى شرح المقدسى والمنبع - قوله وقال الكرخى - ومنهم من قال هو قول أبى يوسف . . . وفى البدائع هو أقيس وفى العمادية هو أوثق فى فصل وأصح كما فى المنبع والبحر . . . (قوله وعلى هذا الخلاف)^(١٣٤) حتى لو استثنى ولم يسمع نفسه لا يصح استثناءه ، خلافاً للكرخى ، وكذا فى غيره . »

٥٦ ب / ١ - المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤ ، س ١١ : « (قوله بالإيجاب والقبول) أطلقه ولكن المراد أن يسمع كل كلام الآخر . فلو قال البائع : لم أسمعه ،

(١٣٠) ورد فى النخبة : « الصحيح » لا « الأصح » ر : ٩٧/هـ .

(١٣١) ر : ٢٥ ب .

(١٣٢) ر : ٤٠/هـ .

(١٣٣) الشرنبلالى هو المضعف الحادى عشر ، ر : ٣٧/هـ .

(١٣٤) ر : ٥/هـ ، صاحب المنبع فى شرح المجمع هو المتناهى توفى سنة ٧١٧ هـ .

ويلاحظ أن ثمة شكاً فى ترجيح الكاسانى لقول الكرخى ، ر : ٢١/هـ .

وليس به صمم ، وقد سمعه من في المجلس ، لا يصدق ، كما في الفتح (١٣٥) »

(م ج)

٥٧ ب - شيخ زاده (١٠٨٧) ، مجمع الأنهر ، ج ٢ ، ص ٣ ، م ٢٨ :
« وفي المحيط (١٣٦) سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول شرط الانقضاء . ولو سمع أهل
المجلس ، وقال البائع لم أسمعه ، ولم يكن به قر ، لم يصدق . »

٥٨ ب - عبدالرحيم باشا (١١٠٠) حاشية ، ق ٢١ : « و (كذا) يعتبر
ذلك (في كل ما يتعلق بالنطق) (١٣٧) من التصرفات الشرعية كالطلاق والمثاق وغيرها
من البيع والنكاح والإيلاء واليمين . »

بمجموعة التنوير

٥٩ ب - التمرناشي (١٠٠٤ هـ) ، تنوير الأبصار ، على هامش رد المختار
ج ١ ، ص ٣٧٥ ، م ٣٩ : « ويجرى ذلك في كل ما يتعلق بنطق (١٣٨) كتسمية على
ذبيحة ووجوب سجدة تلاوة وعتاق وطلاق واستثناء . »

٦٠ ب - الفقيه السابق ، منح الغفار شرح تنوير الأبصار ، ج ١ ، ق ٥٣ :
م ٦٥ : « (ويجرى ذلك) أي ما ذكرنا من حد الجمهور والإخفاء (في كل ما يتعلق
بنطق (١٣٩) كتسمية على ذبيحة ووجوب سجدة تلاوة وعتاق وطلاق واستثناء) حتى
لو طلق ولم يسمع نفسه ، لم يقع وإن صحح الحروف . . . وفي البحر حاكياً عن الذخيرة
أنه قال معزياً إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته أن الأصح (١٤٠) عندي أن في
بعض التصرفات يكتب في سماعه وفي بعض التصرفات يشترط سماع غيره مثلاً في البيع . . »
٦١ ب - الحصكفي (١٠٨٨ هـ) ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار على هامش
رد المختار ، ج ١ ، م ٣٧٥ ، م ٣٩ : « (ويجرى ذلك) المذكور (في كل ما يتعلق

١٣٦) ر : م / ٤١ .

١٣٥) ر : م / ٧٨ .

١٣٨) ر : م / ٥٠ .

١٣٧) ر : م / ٥٠ .

١٤٠) ر : م / ٩٧ .

١٣٩) ر : م / ٥٠ .

بنطق^(١٤١) كتسمية على ذبيحة ووجوب سجدة تلاوة وعتاق وطلاق واستثناء (وغيرها فلو طلق أو استثنى ، ولم يسمع نفسه ، لم يصح في الأصح ، وقيل^(١٤٢) في نحو البيع يشترط سماع المشتري »

القرن الثاني عشر

(ب ج و)

٦٢ ب — آلهي زادة (١١٠٠ ؟) حاشية على جامع الرموز ، ق ٦٩ ، س ٣٦ :
« (قوله فلو طلقها أو خالها فاستثنى في نفسه ...) في المعراج عن أبي نصر إن حرك لسانه بحروف الاستثناء جاز استثناءؤه وكذا عن أبي يوسف وأبي مطيع وإبراهيم النخعي قال أبو نصر وكذا القراءة في الصلاة ، وإن سمعت فهو أوثق ، قال أبو الليث وبه نأخذ ، وكذا في المجتبى . »

(ب ج ك)

٦٣ ب — الإسقاطي (١١٥٩ هـ) ، منهج السالكين إلى شرح منلا مسكين ، ج ١ ، ق ٥٨ ، س ١١ : « ويجرى ذلك في كل ما يتعلق بنطق^(١٤٣) كتسمية على ذبيحة ، ووجوب سجدة تلاوة ، وعتاق وطلاق واستثناء فلو طلق واستثنى ولم يسمع نفسه ، لم يصح ، بحر . »

٦٤ ب — أبو السمود (١١٦٠ هـ) ، فتح الله العين ، حاشية على شرح السكندر لنلا مسكين ، ج ١ ، ص ٢٠٠ ، س ١ : « وكذا جميع ما يتعلق بالنطق^(١٤٤) على هذا الاختلاف كالتسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة وعتاق وطلاق واستثناء واختلفوا في البيع منهم من جملة على هذا الاختلاف أيضاً كالعيني والصحيح^(١٤٥) »

(١٤١) ر : ٥ / ٥ .

(١٤٢) الحصكني هو المضعف الثاني عشر ، ر : ٣٧ / ٥ .

(١٤٣) ر : ٥ / ٥ .

(١٤٤) ر : ٥ / ٥ ، يلحظ أنه لم يجعل قياس التعبيرات على القراءة مطافاً .

(١٤٥) ر : ٧٨ / ٥ .

أنه لا بد من سماع المشتري كما في الفتح، زاد في الزهر كل ما يوقوف على القبول وإن لم يكن مبادلة كالنكاح^(١٤٦) . »

(م ج)

- ٦٥ ب — الأدرنوي (١١٣٠ هـ) مهتدى الأنهر، ج ٢، ق ١٠٧، س ٨ : « (وينمقد بإيجاب وقبول) يعني إذا سمع كل كلام الآخر حتى لو قال البائع لم أسمعه، وليس به صمم، وقد سمعه من في المجلس، لا يصدق على ما في فتح القدير^(١٤٧) . »
- ٦٦ — الرعشي (١٢٠٠ ق)، المعادل، ق ٣٠، س ٢ : « وكذا يعتبر كل ما يتعلق بالنطق^(١٤٨) في التصرفات كالطلاق والمناق والاستثناء وغيرها في البيع والنكاح والإيلاء واليمين وأدنى المخافة في هذه الأشياء إسماع نفسه حتى لو طلق أو أعتق بحيث صحح الحروف لكن لم يسمع نفسه لا يقع طلاق ولا عتاق . »
- ٦٧ ب — السيد الحلبي (١٢٠٠ ق)، ق ٣٨ : « وكذا في كل ما يتعلق بالنطق^(١٤٩) كالطلاق والمناق والاستثناء وغيرها . . »

(م ج ت)

- ٦٨ ب — الحلبي (١١٩٠ هـ)، تحفة الأخيار على الدر المختار، ق ٦٦، س ٢٢ : (قوله وقيل في نحو البيع يشترط سماع المشتري) بصيغة التمريض إشارة إلى ضعفه^(١٥٠) فإنه قد حرر في الشر نبلاية^(١٥١) عن السكافي^(١٥٢) والمحيط^(١٥٣) أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه . »

القرن الثالث عشر

(م ج و)

- ٦٩ ب — أبو السكارم (١٢٩٦ هـ)، شرح مختصر الوقاية، ج ١، ص ٦٢ :

(١٤٧) ر : ٨ / ٧٨	(١٤٦) ر : ٨ / ٠
(١٤٩) ر : ٥ / ٠	(١٤٨) ر : ٥ / ٠
(١٥٠) الحلبي هو المضعف الثالث عشر، ر : ٣٧ / ٠ (١٥١) ر : ٥٤	(١٥٢) ر : ٢٥ / ٠ ب
(١٥٣) ر : ٤٠ / ٠	

« وكذا يعتبر الجهر والمخافتة في كل ما يتعلق بالنطق ^(١٥٤) من الأحكام الشرعية كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها كالتسمية على الذبيحة والابلاء والبيع ولزوم سجدة التلاوة فلوطاق أو أعتق وصحح الحروف ولم يسمع نفسه لا يقع . . . وفي الكافي ^(١٥٥) أنه قيل ^(١٥٦) الصحيح أن في بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفي بعضها شرط سماع غيره ، كما في البيع ^(١٥٧) . . . »

(م ج ك)

٧٠ ب — ابن عابدين (١٢٥٢ هـ)، منحة الخالق على البحر الرائق، ج ١، ص ٣٣٧، س ٣٢ : « (قوله وفي بعض التصرفات يشترط سماع غيره) حرر في الشر نبلاية ^(١٥٨) عن الكافي ^(١٥٩) والمحيط ^(١٦٠) أنه ضعيف وأن الصحيح قول الشيخين أعني الهندواي والفضل ^(١٦١) . . . »

(م ج م)

٧١ ب — كوز الحصارى (١٣٠٠ ؟) ، حلية الناجي على غنية التملی ، شرح غنية المصلي ، ص ٢٩٠ — ٢٩١ . « (وعلى هذا كل ما يتعلق بالنطق) ^(١٦٢) يعني إذا قال أنت طالق أو أنت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخي ولم يقع عند الشيخين . . . كذا في العناية ^(١٦٣) وقيل ^(١٦٤) الصحيح أن في بعض التصرفات يكتفى بسماعه وفي بعضها شرط سماع غيره كما في البيع والشراء لو سمع البائع

(١٥٤) ر: ٥ / هـ . (١٥٥) ر: ٢٥ ب .

(١٥٦) ر: ٤٠ / هـ . (١٥٧) أبو المسكارم هو الضعف الرابع عشر ر: ٣٧ / هـ .

(١٥٨) ر: ٥٤ ب . (١٥٩) ر: ٢٥ ب .

(١٦٠) ر: ٤٠ / هـ .

(١٦١) سنرى أن ابن عابدين لم يفتقد بهذا التضعيف المزعوم بل جنح إلى تقوية

الشرط ، ر: ٧٤ ب .

(١٦٢) ر: ٥ / هـ . (١٦٣) ر: ٢١ ب .

(١٦٤) كوز الحصارى هو الضعف الخامس عشر، ر: ٢٧ / هـ .

بنفسه ، ولم يسمع المشتري لا يكفى ، كذا فى الكبير ^(١٦٥) وأما لو أدنى المشتري صماخه إلى جهة البائع ، فسممه يكفى فى ثبوت البيع (قوله ومن بقره) اعلم أن إسماع القريب لم يذكر فى قول الشيخين ، فلا يناسب إرادته ههنا ، فتأمل . »

(م ج ت)

٧٢ ب — الطحطاوى (١٢٣١ هـ) ، حاشية على الدر المختار ، ج ١ ، ص ٢٣٤ ، س ٣٣ : « (وقيل فى نحو البيع يشترط سماع المشتري) والمراد بنحو البيع البين والسلام ورده وجميع العقود . وحرر فى الشرنبلالية ^(١٦٦) عن الكافى ^(١٦٧) والمحيط أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه ^(١٦٨) ويترتب على ذلك أنه لو قال الآخر : قبلت فى نحو البيع ، وأسمع نفسه فقط انه قد ، ولا يجوز للبائع التصرف إذا علم بعد ذلك والحاصل أنهما قولان مصححان ^(١٦٩) »

٧٢ ب / ١ — المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٤ ، س ١٠ : « وسماع كل منهما كلام الآخر ، فلو ادعى أحدهما عدمه مع سماع أهل المجلس ، لم يصدق ؛ حيث لا وقر فيه ^(١٧٠) » .

٧٣ ب — الرحمتى (؟) ، حاشية على الدر المختار ، نقلا عن السندى ج ١ ، ق ٧٢٩ : « ووجه ما صححه فى الكافى ^(١٧١) أن الإيجاب ^(١٧٢) من البائع مثلاً ما أوجب به للمشتري القبول ، والموجب هو البائع ، فالشرط هو وجود الفعل منه ، وهو

(١٦٥) يقصد به الشرح الكبير للحلى . (١٦٦) ر : ٥٤ ب .

(١٦٧) ر : ٢٥ ب . (١٦٨) ر : ٤٠ هـ / ٤٠ .

(١٦٩) يلحظ أن السيد الطحطاوى قد أشار إلى أن الشرنبلالى حرر قول الشيخين

على أنه « صحيح » والواقع أنه حرره عن الكافى أنه « الأصح » ، ر : ٥٤ ب ٢٥ ب وينبى على ذلك أن تصحيحه للرأين المتمازيين يندوخل نظر على ضوء هذا التصويب .

(١٧٠) يلحظ هنا أن السيد الطحطاوى قد استقر على الانحياز إلى إثبات شرط

السماع ، قارن الهامش السابق . (١٧١) الرحمتى هو التضعيف السادس عشر هـ / ٣٧

(١٧٢) يلحظ أن الشيخ الرحمتى تعرض للإيجاب الموجب فقط ، فتنى عنه

وجوب السماع الركنى ، وليس فى ظاهر كلام الرحمتى ما يمنع توسيع هذا الننى على تعبير القبول .

نطقه ، وذلك في تصحيح الحروف^(١٧٣) سواء سمع الثاني أولاً ؛ بخلاف ما لو حلف لا يكلمه ، فإن الكلام مأخوذ من الكلام ، وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر في نفس السامع ، وذلك لا يحصل إلا بسمع ، وكذا اشتراط سماع الشهود كلام المأقدين في النكاح ، وسماع التلاوة في وجوب سجدة التلاوة على السامع ، ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير اه .

٧٤ ب — ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) ، رد المحتار على الدر المختار ، ج ١ ، ص ٣٧٦
 « (قوله وقيل) قال في الذخيرة معزياً إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته الأصح^(١٧٤) عندى أن في بعض التصرفات يكتبني بسماعه ، وفي بعضها يشترط سماع غيره ، مثلاً في البيع لو أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع وسمع ، يكفي ، ولو سمع البائع نفسه ، ولم يسمعه المشتري ، لا يكفي . وفيما إذا حلف لا يكلم فلاناً ، فناداه من بعيد ، بحيث لا يسمع ، لا يحنث في يمينه ، نص عليه في كتاب الأيمان ، لأن شرط الحنث وجود الكلام معه ، ولم يوجد اه قال في النهر : أقول . ينبغي أن يكون الحكم كذلك في كل ما يتوقف تمامه على القبول ، ولو غير مبادلة كالنكاح اه^(١٧٥) ولم يعول الشارح على هذا القول فعبّر عنه بـ « قيل » تبعاً للفتح^(١٧٦) حيث قال : « قيل الصحيح في البيع . . » وكذا عبّر عنه في الكافي^(١٧٧) ، لكن الأول ارتضاء في الحلية^(١٧٨) والبحر^(١٧٩) ، وهو أوجه ، بدليل المسئلة المنصوصة في كتاب الأيمان ، لأن الكلام من الكلام وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر في نفس السامع ، فتكليمه فلاناً لا يحصل .

(١٧٣) يلحظ أن نص الرحمتي قد عزى إلى صاحب الكافي أنه يقول برأى الكافي القائل بالاكْتفاء بتصحيح الحروف ، وهذا ليس بصحيح ، إن صاحب الكافي يأخذ بقول الشيخين (ر : ٢٥ ب) والشيخان يقولان باشتراط سماع صاحب التعبير تعبيره .

(١٧٤) ر : ٩٧ / هـ ، ٣٧ . (١٧٥) ر : ١٢١ / هـ .

(١٧٦) ر : ٧٨ / هـ . (١٧٧) ر : ٤٠ / هـ .

(١٧٨) ر : ١٩٤ / هـ .

(١٧٩) سنرى أن الرافعي ينبغي ارتضاء صاحب البحر له صراحة .

إلا بسماءه ، وكذا اشتراط سماع الشهود كلام العاقدین فی النكاح ، وسماع التلاوة فی وجوب السجدة علی السامع ، ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير ، تأمل (١٨٠) »

٧٥ ب - السندی (١٢٥٧ هـ) طوابع الأنوار علی الدر المختار ، ج ١ ، ص ٧٣٨ - ص ٧٣٩ : « ثم هذا الحد الذي ذكره الماتن للجهر والمخافة هو قول الهندواني فشرط في المخافة أنه لا بد أن يكون مسموعاً له . . . وقال الكرخي . . . أدنى المخافة تصحيح الحروف . . . وفي البدائع ما قاله الكرخي أصح وأقيس (١٨١) (ويجرى ذلك في كل ما يتعلق بنطق (١٨٢) كتسمية على ذبيحة) فلو خطرها بباله ، أو حرك بها لسانه ، وصحح الحروف ، لكنه لم يسمع نفسه ، لا تحمل . . . (وقيل في نحو البيع) كالتوكيل وعزل الوكيل (١٨٣) والإبضاء (١٨٤) ، يعني جعل الآخر وصياً ، والتولية والنكاح والخلع والإجارة والهبة وغير ذلك من الأحكام التي

(١٨٠) يلحظ أن ابن عابدين صحح الشرط في السماع في باب القراءة في الصلاة ولم يشر إليه في باب البيع رغم أنه شريطة انعقاد .

ويلحظ ثانياً أن ازورار صاحب رد المحتار عن تضييف شرط السماع أسوة بالحصكفي صاحب الشرح الذي يضع حاشيته على شرحه لدليل على استقلال ابن عابدين في رأيه وهذا الاستقلال في الرأي لا نلسه إلا لدى القليل من الشراح أمثال ابن الهمام في شرحه على الهداية ، ويظهر استقلال ابن عابدين إذا ما قورن كتابه بكتاب طوابع الأنوار للسندی الذي جاء بعد ابن عابدين والمثال الذي هو بين أيدينا شاهد على ذلك فبينما نجد شخصية ابن عابدين تظهر في مواجهته لشرط السماع وأحيازه إلى جانب معين من الآراء التي عرضها في شرحه نرى السندی يقتصر على استعراض الآراء المختلفة جميعاً ويؤثر في النهاية تقليد صاحب الشرح .

(١٨١) ر : ٢١ / هـ . (١٨٢) ر : ٥ / هـ .

(١٨٣) رأينا سابقاً أن التوكيل وعزل الوكيل تعيران متلقيان مجمع عليهما (راجع ماسبق ، ف ١٥٨ ، ص ١٤٧) .

(١٨٤) رأينا سابقاً أن الإبضاء تمير مختلف في ضرورة إعلامه (راجع ماسبق ، ف ١٥٨ ، ص ١٤٧) .

لا يمكن الاقتصار فيها على واحد كرد السلام ، وتشميت العاطس (يشترط سماع المشتري) . وفي الذخيرة^(١٨٥) مزمياً إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته ، أن الأصح عندي^(١٨٦) أن في بعض التصرفات ، يشترط سماعه ، وفي بعض التصرفات يشترط سماع غيره ، مثلاً في البيع لو أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع ، يكفي . . . اهـ قال في النهر : وينبغي أن يكون الحكم كذلك ، في كل ما يتوقف تمامه على القبول ، ولو غير مبادلة ، كالنكاح اهـ^(١٨٧) وقال في الشر نبالية^(١٨٨) قد ضمه في الكافي^(١٨٩) . حيث قال : وقيل الصحيح أن في بعض التصرفات يكفي بسماعه ... قال في المحيط . الأصح قول الشيخين يعني الهندواني والفضلي اهـ^(١٩٠) وقول الشيخين الشرط سماع نفسه ، قال السيد أحمد : ويترتب على ذلك أنه لو قال الآخر : قبلت ، في نحو البيع ، وأسمع نفسه فقط ، فلا يجوز للبائع التصرف بعد ذلك . والحاصل أنهما قولان مصححان اهـ^(١٩١) وقال الشيخ الرحمتي : ووجه ما صححه في الكافي^(١٩٢) ... ولعل الشارح أشار إلى عدم اختياره ، حيث أتى فيه بصيغة التمريض ، وهو قول « قيل » ، فتنبه^(١٩٣)

القرن الرابع عشر

(مج ت)

٧٦ ب - الرافعي (١٣٢٣ هـ) ، التحرير المختار لرد المحتار ، ج ١ ، ص ٦٥ ، س ٢٥ : « (قوله لكن الأول ارتضاء في الحلية والبحر) القصد الاستدراك على تضعيف ما ذكره في الذخيرة ، بأنه ارتضاء في البحر والحلية ، وأنه أوجه بدليل .

لكن ليس في البحر ما يدل على تصحيحه لهذا القول^(١٩٤) وإن كان مجرد نقله

(١٨٥) ر : ١١ ب . (١٨٦) ر : ٩٧ / هـ .

(١٨٧) ر : ١٢١ / هـ . (١٨٨) ر : ٥٤ ب .

(١٨٩) ر : ٢٥ ب . (١٩٠) ر : ٤٠ / هـ .

(١٩١) ر : ١٧٠ / هـ . (١٩٢) ر : ٧٣ ب .

(١٩٣) السندی هو المصنف السابع عشر ، ر : ٣٧ / هـ .

(١٩٤) ر : ٤٢ ب ، واقف رجعنا بدورنا إلى فهرست مكتبة الأزهر للبحث

عن كتاب الحلية الذي أشار إليه ابن عابدين ، فعثرنا على كتاب حلية الناجي ، =

«بدون تضعيف له يشير إلى ارتضائه له ولا يترك صريح التصحيح بمجرد ذلك بل
اللازم اتباع ما صرحوا بتصحيحه^(١٩٥) وما ذكره من دليل أوجهية هذا القيل لا يفيد
تصحيحه^(١٩٦) فإن اشتراط سماع الغير فيما ذكره لدليل دل عليه وذلك أن الكلام
مأخوذ من الكلام ، وهو الجرح ، سمى به لأنه يؤثر في نفس السامع وذلك لا يحصل
إلا بسماعه ونحو ذلك يقال فيما اشترط فيه سماع الغير ، بخلاف الإيجاب من البائع
مثلاً فإنه ما أوجب للمشتري القبول ، والموجب هو البائع ، فالشرط وجود الفعل
منه ، وهو نقطة ، وذلك بتصحيح الحروف سواء سمع الثاني أولاً من الرحتى^(١٩٧)»

٧٧ ب - الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة
الإسلامية ، ف ١٤٣ ، ص ١٤٠ : « ويلاحظ أنه على وجه عام ، يشترط أن يسمع
الطرف الآخر إيجاب الموجب ، ولكن لا يشترط بعد هذا سماع الموجب القبول^(١٩٨) »
٧٨ ب - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،

= وهو حاشية لمصطفى كوز الحصارى على شرح غنية المتملى لإبراهيم الحلبي لمتن منية
المصلى للكاشغري ولاندرى إذا كان ابن عابدين يقصد تصحيح هذه الحلية بالذات .
ولدى التدقيق في هذه الحلية وجدناها خالية من التصحيح الذي أشار إليه ابن
عابدين . بل وجدنا فيها ما يشعر بتضعيف شرط السماع جاء فيها « وقيل الصحيح أن
في بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفي بعضها يشترط سماع غيره ، كما في البيع
والشراء (ر : ٤٤ ب) . »

(١٩٥) إن هذا التصحيح هو محل نظر ، ر : ٥ / ٤٠ .

(١٩٦) الرافعي هو المضعف الثامن عشر وسنرى عند عرضنا لشرط السماع في
عقد النكاح أنه جنح إلى تضعيف شرط السماع في القبول والإيجاب بخلاف موقفه هنا
حيث يبدو أنه يميل إلى تضعيف شرط السماع في كل من الإيجاب والقبول (ر : ٤٨
ن) وفي رأينا ليس من مسوغ للتفرقة بين عقدي البيع والنكاح في هذا الصدد .

(١٩٧) ر : ٧٣ ب .

(١٩٨) يلحظ أن تقرير هذا الحكم يعارضه العديد من النصوص التي أوردناها
في هذا العرض والتي توجب سماع الموجب للقبول في التعاقد بين الحاضرين .

ج ٢، ص ٥٦ : « فلا شك إذن ^(١٩٩) في وجوب سماع الموجب القبول متى ينمقد المقد، وهذا في التعاقد بين الحاضرين »

٧٩ ب — القانون المدني السوري م ٩٢ (مصرى ٨٩) : « يتم المقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير ^(٢٠٠) عن إرادتين متطابقتين . . »

(١٩٩) إن نفي الشك عن شريطة وجوب السماع هو محل نظر ! والدليل على ذلك مايقارب العشرين تضعيفاً نالت من هذه الشريطة اعتباراً من صاحب الكافي أول المضعفين في القرن الثامن حتى الشيخ عبد القادر الرافعي آخر هؤلاء المضعفين في القرن الرابع عشر وهم : الكاكي (ر : ٥٢ / ٥) الخوارزمي (ر : ٦٠ / ٥) ، النسفي (ر : ٦٥ / ٥) ، العيني (ر : ٦٨ / ٥) ، السكّال (ر : ٧٧ / ٥) ، الآمدي (ر : ٨٠ / ٥) ، البرجندي (ر : ٨٩ / ٥) ، ملا إلياس (ر : ٩٦ / ٥) ، الشامي (ر : ١٠٣ / ٥) ، الحموي (ر : ١٢٤ / ٥) ، الثرنبلالي (ر : ١٣٣ / ٥) ، الحصكفي (ر : ١٤٢ / ٥) ، الحلبي (ر : ١٥٠ / ٥) ، أبو المكارم (ر : ١٥٧ / ٥) ، كوز الحصارى (ر : ١٦٤ / ٥) ، الرحمتي (ر : ١٧١ / ٥) ، السندي (ر : ١٩٣ / ٥) ، الرافعي (ر : ١٩٥ / ٥) . هذا بالإضافة إلى أن الفقه الشافعي مجمع على عدم اشتراط السماع (راجع ماسبق ، ف ١٢٧ ، ص ١١٧) . وسنرى أن شرط السماع في الايجاب والقبول في التعاقد بين الحاضرين في عقد النكاح لم يسلم في دوره من النقد .

(٢٠٠) يلحظ أن هذه المادة أتت بتجديدن ، فهي :

أولاً : وسمت مفهوم الصيغة ولم تقصرها على « الكلام » شأن النصوص السابقة
ثانياً : استتبع التوسيع السابق استبدال شريطة « التبادل » بشريطة « السماع »
ذلك أن التبادل يتناول ، بالإضافة إلى السماع ، العلم والرؤية عندما يتم التعبير عن طريق الكتابة أو الإشارة .

ويلحظ أخيراً أن هذه المادة سويسرية المنشأ ، على أن هذا لم يفسنا من اعتبارها — في ظل التقنين المدني السوري — امتداداً لشريطة السماع ، لاتحادها موضوعاً ، وإن اختلفا شمولاً .

النص السويسري المقابل للمادة ٩٢ سوري :

Le contrat est parfait lorsque les parties ont réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté .

(د) تأصيل شرط السماع

بذل الفقهاء عناية خاصة في بحث درجة إظهار التعبير اللفظي وذلك لأن اللفظ في الفقه الإسلامي هو سيد التعبيرات وله المكانة الأولى ، فلا عجب إذا رأينا الفقهاء يولون درجة ظهوره عناية خاصة ويبحث الفقهاء عادة درجة ظهور التعبير في كتاب الصلاة حيث يستفيضون في بيان حدا لمخافته في القراءة جاعلين الحد المقرر هنا أصلاً تجرى عليه أحكام صيغ المعاملات .

وتبدو خطورة بيان درجة ظهور اللفظ المطالب به بوجه خاص في التعبيرات التي يستبد صاحبها بها كالرجعة ، والإيلاء ، والاستثناء والإقرار ، والإبراء والعناق حيث تكون هذه الدرجة هي فيصّل التفرقة بين انتاج التعبير أثره وعدمه .

ونتساءل الآن عن الحد الأدنى المطلوب لظهور التعبير اللفظي فإما هو الحد الفاصل بين النطاق النفسي حيث لا يسأل فيه صاحب التعبير عن تعبيره مادام قد ظل مجرد حديث في النفس ، وبين النطاق الخارجي حيث يعترف الشرع بوجود التعبير ويلزم صاحبه تبعاً لذلك ، بما بولده من آثار شرعية . وبعبارة أخرى إذا كان الصوت يتراوح بين الضعف والشدة ، والخفوت والجهر ، فما هي درجة الصوت المعتبرة شرعاً ، والتي تؤذن بانقذاح الأثر .

قال أكمل الدين البابرتي : « اعلم أن أجزاء الكلمات المستعملة على اللسان على نوعين قراءة وكلام لأن الغرض منه إما أن يكون إفادة النسبة للمخاطب أولاً فإن كان الأول فهو الكلام وإلا فهو قراءة . وكل منهما على نوعين جهر ومخافة وقد اختلفت علماءنا في الحد الفاصل بينهما .

فذهب الفقيه أبو جعفر المهندواني إلى أن المخافة هو أن يسمع نفسه ، ومادون ذلك محججة ودندنة ، ليس بكلام ولا قراءة . . .

وقال أبو الحسن السرخسي : أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى المخافة

تصحیح الحروف ^(١) (ر : ٢١ ب) «

(١) وفي العبادات تحتل درجة ظهور اللفظ أهميتها. ففي التسمية على الذبيحة تكون درجة ظهور

التسمية فيصّل التفرقة بين حل الذبيحة وحرمتها .

وفي القراءة في الصلاة تكون درجة ظهور القراءة فيصّل التفرقة بين صحة الصحة وعدم صحتها .

ونستعرض فيما يلي تفصيل هاتين النظريتين :

نظرية أبي الحسن الكرمي : يكون التعبير اللفظي قائماً شرعاً إذا صح صاحبه الحروف بلسانه ، وأداها على وجهها ، ولم يسمع أذنيه ، مادام وقع له العلم بتحريك اللسان ، وخروج الحروف من مخارجها .

وبناء على ذلك ، إذا قال الرجل لزوجته في نفسه : « أنت طالق » ، وحرك لسانه ، ولم تسمع أذناه ، وقع الطلاق . وكذا لو جهر بطلاق زوجته قائلاً : « أنت طالق » ثم خافت بالاستثناء قائلاً : « إن شاء الله » في نفسه . فهذا الاستثناء يعمل عمله ، ولو صدر غير مسموع ، فيفيض إلى تمطيل صيغة الطلاق التي صدرت مسموعة ، فتبطل ، ولا يقع الطلاق . وكذا لو قال : « لفلان على ألف درهم » جهراً ، ثم قال : « إلا مائه » مخافتة بحيث لا يسمع نفسه ، يعمل الاستثناء عمله ، ويكون الإقرار بـ ٩٠٠ فقط .

الاستدلال : يقوم استدلال هذه النظرية على أن أداة الكلام هي اللسان فحسب ، وهو يتم بمجرد أداء هذه الأداة عملها ، فهذا العمل هو المقوم للكلام . أما السماع فهو عنصر خارجي عنه ، وهو ليس بجزء مقوم له . أضف إلى ذلك أن الشرع يعتبر تعبير الأصم قائماً رغم عدم سماعه له . فالتعبير إذن يجب أن يعتبر تاماً بمجرد خروجه من مخارجه ولا يضير بعد ذلك قصور سماع صاحبه عن سماعه ، ذلك أن هذا القصور ، حتى ولو كان من سميع ، لا يفيد انعدام التعبير . فالتعبير قائم بتحريك مخارجه . ويكفي للدلالة على ذلك إمكان تسجيله على جهاز مسجل قد يكون في قدرته على التقاط الأصوات أرهف من أذن صاحب التعبير نفسه .

وقد وجه برهان الدين هذه النظرية بقوله : « حكى عن الكرخي أن [تصحيح الحروف] يجزئه لأن القراءة فعل اللسان ، وذلك بتصحيح الحروف وإقامتها ، لا بالسماع ، فإن السماع فعل السامع . (ر : ١١ ب) » .

ووجه الكاساني هذا الرأي بقوله : « وجه قول الكرخي : إن القراءة فعل اللسان ، وذلك بتحصيل الحروف ونظمها على وجه مخصوص ، وقد وجد ، فأما (٤٢ — التعبير عن الإرادة)

سماعه نفسه ، فلا عبرة به ، لأن السماع فعل الأذنين ، دون اللسان ، ألا ترى أن القراءة نجدها تتحقق من الأصم ، وإن كان لا يسمع (ر : ٥ ب) . ووجهه في باب الاستثناء بقوله : « إن الكلام هو الحروف المنظومة ، وقد وجدت ، فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاماً ، فإن الأصم يصح استثناءؤه ، وإن كان لا يسمع . (ر : ٥ ب / ١) » .

ووجهه الاتقاني بقوله : « وقيل الكتابة لا تسمى قراءة ، وإن وجد فيها تصحيح الحروف ، لأن الصوت لم يوجد ، أقول هذا لا يرد على الشيخ أبي الحسن لأنه لم يحمل مطلق تصحيح الحروف باللسان قراءة ، حتى ترد عليه الكتابة ، بل جعل تصحيح الحروف باللسان قراءة ، والكتابة يحصل بها تصحيح الحروف ، لا باللسان بل بالقلم ، فلا يسمى قراءة لأجل هذا ، وقيل الكلام فعل اللسان مع الصوت وإقامة الحروف . أقول : التقييد بالصوت اصطلاح من عند هذا القائل فلا يكون حجة على غيره فلا نسمعه ، على أنا نقول الكلام معنى ينافي السكوت والخرس والآفة ، وبتصحيح الحروف يحصل هذا المعنى ، فلا يحتاج إلى الصوت (ر : ٢٠ ب) » .

ووجهه البارقي بقوله : « وأدنى المخافة تصحيح الحروف ، لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ ، فإن الأطرش يتكلم ولا يسمع ، فهو [الكرخي] كما ترى جعل المخافة من الكيفيات البصرة . . واعترض عليه بأن الكتابة يوجد فيها تصحيح الحروف ، ولا تسمى قراءة لعدم الصوت ، وهو فاسد ، لأنه لم يحمل تصحيح الحروف مطلقاً قراءة ، بل تصحيح الحروف باللسان قراءة . ألا ترى إلى قوله لأن القراءة فعل اللسان . (ر : ٢١ ب) » .

أنصار هذه النظرية : « أبو بكر الأعمش (ر : ١١ ب) أبو يوسف ، أبو مطيع ، إبراهيم النخعي ، أبو نصر^(١) ، مالك^(٢) ، البارقي (ر : ٢١ ب) محمد ، القدوري ، أبو حنيفة (ر : ٤٠ ت) ، العنتابي ، زين الدين بن نجيم (ر : ٥٦ ب) ، الكاساني (ر : ٥ ب) ، الاتقاني (ر : ٢٠ ب) » .

(١) شرح القدوري للزاهدي ، ق ٧٩ .

(٢) مالك بن أنس توفي ١٧٩ .

نظرية أبي جعفر الهندواني : لا يكون التعبير وفق هذه النظرية قائماً شرعاً إلا إذا سمعه صاحبه . أما تصحيح الحروف وتحريك اللسان وخروج الحروف من مخارجها فلا عبرة له ، مادام لا يرافقه صوت مسموع ، فالصوت هو عنصر مقوم في التعبير يوجد التعبير بوجوده ، وينعدم بانعدامه ، وسواء بعد ذلك أكان هذا الوجود حقيقياً كما لو سمع صاحب التعبير تعبيره فعلاً . أو كان وجوداً حكماً كما لو منع من سماعه مانع داخلي كالصمم أو خارجي كجلبة أصوات أحاطت بالتعبير فاختلط بها .

وينبني على هذه النظرية أن السيد لو قال لعبده : « أنت حر » ، وحرك لسانه بالصيغة ، دون أن تسمعها أذناه ، فالصيغة غير معتبرة ، والعتاق لا يقع .

وكذلك لو قال السيد لعبده : « أنت حر » بصورة مسموعة ، ثم قال في نفسه : « إن شاء الله » محرّكاً لسانه بالشرط دون أن تسمعها أذناه . فهذا الشرط الغير مسموع غير معتبر . وتغدو صيغة العتاق المسموعة نافذة لا يعطل عملها الشرط الذي لم يبلغ درجة المظهر المعتبر شرعاً .

وكذلك لو قال الرجل لآخر جهراً : « لك على ألفا درهم » ثم قال : « إلا مائة » بصورة خافتة غير مسموعة من صاحب التعبير ، فلا استثناء يعتبر معدوماً لكونه غير مسموع من صاحبه .

استدلها : وجه برهان الدين قول الهندواني بقوله : « وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والشيخ الجليل أبي بكر محمد بن الفضل رحمهما الله أنه لا يجزئه ما لم يسمع نفسه ، وبه أخبر عامة المشايخ ، لأن حد الكلام ما هو مسموع مفهوم . ألا ترى أن ألحان الطير لا يسمى كلاماً مع أنه مسموع ، لأنه ليس بمسموع (ر : ١١ ب) » .

وجه الكسائي هذا الرأي بالاستناد إلى العرف فقال : « إن مطلق الأمر بالقراءة ينصرف إلى المتعارف ، وقدّر ما لا يسمعه هو لو كان سميماً لم يعرف قراءة . وقال أيضاً : إن الكلام في العرف اسم لحروف منظومة دالة على ما في ضمير التكلم ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع (ر : ٥ ب) » .

ووجه هذا الرأي في بحث الاستثناء في الطلاق قال : « إن الحروف لا تتحقق بدون الصوت ، فالحروف المنظومة لا تتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص ، فإذا لم يوجد الصوت ، لم تعرف الحروف ، فلم يوجد الكلام ، فلم يكن الاستثناء . (ر : ٥ ب / ١) » .

وقال الكاكي : « احتج من قال لا يجوز ما لم يسمع نفسه بأن القراءة كلام ، وهو عبارة عما يظهر المرء في ضميره ، ولهذا قيل اللسان ترجمان القلب ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع وحروف مفهومة ، لأن الكلام لا يوجد مع إقامة الحروف ، كالكتابة فإنها لا تسمى كلاماً ، وإن وجد إقامة حروف مفهومة مظهرة لما في الضمير (ر : ١٩ ب) . »

وقال البارتى : « إن المخافقة هو أن يسمع نفسه ، ومادون ذلك بحجة وذندنة ، ليس بكلام ولا قراءة ، ولأن مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا تسمى قراءة لا لغة ولا عرفاً (ر : ٢١ ب) . »

وقال الكمال بن همام : « واعلم أن القراءة وإن كانت فعل اللسان لكن فعله الذي هو كلام ، والكلام بالحروف ، والحروف كيفية تعرض للصوت ، وهو أخص من النفس . فإنه النفس المعروض بالقرع فالحرف عارض للصوت لا للنفس ، فجرد تصحيحها بلا صوت إيعاء إلى الحروف بمضلات الخارج ، لاحروف ، فلا كلام . (ر : ٣٠ ب) . »

وقال سرى الدين : « وبيانه أن المتكلمين اختلفوا في مسمى اللفظ ثقيل الصوت . واختاره البيضاوى في تفسيره وقيل كيفية الصوت ، وبه قال في الطوالع^(١) وذهب ابن سينا إلى أنه المجموع المركب ، واختاره في شرح المقاصد . والصوت كيفية تحدث

(١) جاء في متن الأصفهاني على حاشية شرح الطوالع للسيد شريف ، ص ٩٠ ، س ٣٥ : « الحروف كصفات تعرض للأصوات فيتميز بعضها عن بعض في الثقل والخفة ، وهي تنقسم إلى مصوتة وهي حروف المد واللين ، وإلى مصمتة وهي ما عداها . والمشهور أن السبب الأكثر للصوت توج الهواء بقرع أو قلع عنيف ، وأن الإحساس به يتوقف على وصول الهواء إلى الصمناخ لأنه يميل بهبوب الريح ، ويتخلف عن مشاهدة السبب ، كما في ضرب الفأس ولأنه لو وضع طرف أنبوبة على صمناخ إنسان وتكلم لم يسمع غيره ، وأنه محسوس به في الخارج وإلا لما علمت جهته . »

بني الهواء بسبب توجه الملول للقرع الذي هو إحساس عنيف ، أو القلع ، الذي هو
تفريق عنيف بشرط مقارنة المقروع للقارع والمقلوع للقالم^(١) .

وقال القهستاني : « النطق في المتعارف أصوات مقطعة يظهرها اللسان ، وتميها
الآذان ، ولا يكاد يقال إلا للإنسان (ر : ٤٠ ب) . »

وقال المروى : « الحرف صوت يعتمد على مخرج محقق أو مقدر ، فلا يتحقق بدون
السمع ، وغيره يكون خاطئاً وخيلاً (ر : ٤٨ ب) . »

أنصار هذه النظرية : قال بها الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري وبها
أخذ عامة المشايخ (ر : ١١ ب) واختارها شيخ الإسلام وقاضيخان وصاحب المحيط
والحلواني (ر : ١٩ ب) وصححها كل من صاحبي الوقاية والنقاية (ر : ٤٦ ب) وهي
موافقة لما ذكر في الجامع الصغير وهو آخر التصنيفين (ر : ٥٥ ب) وعن الشيخ
أبي القاسم الصغار أنه لا يجوز ما لم يسمع نفسه (ر : ٥٠ ب) وقال الحدادي الهندواني
هو الصحيح (ر : ١٨ ب) وقال الزيلعي الهندواني أصح (ر : ٢٦ ب) وقال ابن
عابدين إنه قول الشافعي (ر : ٧٤ ب) وهو قول مالك^(٢) وقال سمعي شلي لا بد أن
يسمع (ر : ٤٣ ب) أحمد بن حنبل^(٣) وقال الكاساني « الصحيح ما ذكره أبو جعفر الهندواني »
ويؤخذ على صاحب البدائع أنه صحح كلام الرأيين (رأى الكرخي ورأى
الهندواني) فهو في باب الاستثناء انحاز إلى جانب النظرية الثانية قال : « الصحيح
ما ذكره أبو جعفر الهندواني » وفي باب الصلاة انحاز إلى جانب الكرخي قال :
« ما قاله الكرخي أقبس وأصح »^(٤) .

نظرية بشر بن غياث المريسي : يذهب بشر المريسي إلى عدم اشتراط سماع صاحب
التعبير لتعبيره سماعاً حقيقياً بل يكفي باشتراط السماع الحكمي بأن يكون الصوت
قابلاً للسمع .

(١) حواشي سرى الدين على الهداية وشرحها لأكل الدين ، ق ٣٧ .

(٢) القوانين الفقهية ، ص ٦٧ ، س ٧ .

(٣) رد المختار ، ج ١ ، ص ٣٧٥ : « واختار في الفتح أن قول الهندواني يتعد مع قول
بشر بن غياث المريسي . وقول بشر أنه إن كان بحال لو أدنى رجل صماخ أذنيه إلى فيه سمع كني
هو لا فلا . وجاء في رد المختار أن قول بشر كقول ابن حنبل . »

(٤) ر : ٢١ / ٥ .

جاء في البدائع : « وعن بشر بن غياث المريسي أنه قال : « إن كان بحال لو
أدنى رجل صمخ أذنيه إلى فيه سمع كفى وإلا لا (ر : ٥ ب) » .

وتقف نظرية المريسي إلى جانب نظرية الهندواني فتساهل الأولى فتشترط إمكان
السمع وتتشدّد الثانية فتشترط السماع الحقيقي .

وقد وقف الفقهاء إزاء هذه النظرية الثالثة موقفين متباينين :

١ — فمنهم من أرجعها إلى نظرية الهندواني فاعتبر مآل النظريتين واحداً .

٢ — ومنهم من اعتبرها نظرية مستقلة عن نظرية الهندواني .

وقد ذهب إلى الرأى الأول الكمال بن همام وذهب إلى الرأى الثانى ابن نجيم .

قال صاحب الفتح : « الحرف عارض للصوت لا للنفس فجرد تصحيحها
[القراءة] إيماء إلى الحروف بمضلات الخارج ، لا حروف ، فلا كلام . بقى إن هذا
لا يقتضى أن يلزم فى مفهوم القراءة أن يصل إلى السمع ، بل كونه بحيث يسمع ، وهو
قول بشر المريسي ولعله المراد بقول الهندواني بناء على أن ظاهره سماعه بعد وجود
الصوت إذا لم يكن مانع (ر : ٣٠ ب) » .

وقال صاحب البحر رداً على الكمال : « اختار [الكمال] أن قول بشر قول
الهندواني وهو خلاف الظاهر ، بل الظاهر من عباراتهم أن فى المسئلة ثلاثة أقوال .

قال الكرخي : إن القراءة تصحيح الحروف وإن لم يكن الصوت بحيث يسمع .
وقال بشر : لا بد أن يكون بحيث يسمع .

وقال الهندواني : لا بد أن يكون مسموعاً له .

زاد فى المجتبى فى النقل عن الهندواني أنه لا يجزئه ما لم تسمع أذناه ومن بقره .
ونقل فى الذخيرة أن الأصح هذا . ولا ينبغي أن يحمل قولاً رابعاً بل هو قول الهندواني .
الأول وفى المادة أن ما كان مسموعاً له يكون مسموعاً لمن هو بقره (ر : ٤٧ ب) » .

وقال صاحب الفتاوى الرملية فى الرد على صاحب البحر وتأيد صاحب الفتح
ما يلى : « هذا ودعوى خلاف الظاهر — كما قاله الكمال — بعيد إذ أغلب الشراح لم

ينقلوا في المسئلة قولاً ثالثاً بل اقتصروا على ذكر قول الكرخي والهندواني مع ظهور وجه ما قال الكمال وكونه وسطاً . إذ يبعد اشتراط حقيقة السماع مع أنه يختلف باختلاف آله وربما تختلف مع حقيقة الجهر ولا بعد في إرادته تقليلاً للأقول بل إذا ادعى وجوب الصير إليه فهو متجه بدليل أن من به صمم لا يسمع نفسه إلا باستعمال ما هو جهر في حق غيره وقد لا يتهياً معه له ذلك مع ما فيه من الفرق وعدم الجرح فانه مع التحويل على قول الهندواني وعدم اعتبار ماسواه من الأقوال لو أخذ فيه هذا الشرط لزم عدم صحة أكثر الصلوات من كل خاص وعام فتبين صحة ما استظهره الكمال بن همام .

والحاصل أن يقال : في المسئلة قولان . قول الكرخي ، وقول الهندواني والاعتماد على قول الهندواني . والله أعلم (ر : ٤٧ ب) . «

نظرية شمس الأئمة الحلواني : نذهب هذه النظرية إلى أنه لا يكفي أن يصحح صاحب التعبير حروف تعبيره كما يقول الكرخي ، ولا يكفي أن يسمع صاحب التعبير تعبيره أو يكون بحيث يسمع كما ذهب إليه الهندواني بل لابد من سماع من هو بقر به وقد وقف الفقهاء من هذه النظرية موقفين متمايزين شأنهم في موقفهم مع نظرية الرئيس فذهب إلى أنها نظرية مستقلة ومنهم من ذهب إلى أنها ملحقه بنظرية الهندواني .

ذهب إلى الرأي الأول صاحب المحيط وتبعه القهستاني (ر : ٤٠ ب)

وذهب إلى الرأي الثاني ابن عابدين ، وصاحب الحلية ، والبحر .

قال برهان الدين : « قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني والأصح أنه

[التصحيح] لا يجزئه ما لم يسمع نفسه ويسمع من يقر به (ر : ١١ ب) «

وجاء في رد المحتار : « ونقل في المجتبى عن الهندواني أنه لا يجزئه ما لم تسمع

أذناه ومن يقر به ، وهذا لا يخالف ما صرح به الهندواني ؛ لأن ما كان مسموعاً له يكون

مسموعاً لمن في قربه ؛ كما في الحلية والبحر (ر : ٧٤ ب) . «

نخلص من ذلك ثمانية إلى ما انتهى إليه صاحب الفتاوى الرملية من أن في

المسألة قولين .

بعد أن عرفنا أن نظريات حد الخرافة في قراءة الصلاة تنحصر في نظريتين نظرية
السكرخي ونظرية الهندواني نشير هنا إلى أن الفقهاء الأحناف يكادون يجمعون على
أن الأصل الذي قرره هاتان النظريتان يطبق نفسه في درجة ظهور التعبير المطلوبة
في نطاق المعاملات ولقد تبيننا نصوص الفقه الحنفي فوجدناها تكاد تجمع على أن الخلاف
في هاتين النظريتين هو نفسه قائم في المعاملات (ر : ٥/٥)

ولقد أشرنا سابقاً إلى ما يكتنف هذا القياس من نقد (ر : ٥ / ٢٠)

موقفنا من هاتين النظريتين : إننا لا نرى تأسيس مفهوم النطق في نطاق
العبادات ونطاق المعاملات على أساس واحد كما جرى عليه الفقهاء ، بل نرى الفصل
بين هذين النطاقين ، و نرى من حيث المبدأ الأخذ بنظرية السكرخي في النطاق
الأول ، وبنظرية الهندواني في النطاق الثاني وفي نطاق التمييزات الملقاة فحسب ،
بل نحن نذهب إلى أبعد مما ذهب إليه السكرخي في نطاق العبادات ، فنرى ما يراه
المذهب الأباضي^(١) بالاعتصار على تكييف الحروف دون تحريك اللسان . وما ذلك
إلا لأن القراءة الحقيقية في الصلاة هي قراءة الإيمان والتروى والتفكير^(٢) وهذه
القراءة كما تتحقق باللسان تتحقق بالقلب بل إن تحقيقها بالقلب أعمق فهماً وأبقى
أثراً ، ثم إن الصلاة نفسها تركز على خروج الإنسان من هذا العالم المادى المحسوس
إلى عالم الروح والفكر حيث يتحرر الإنسان من المادة والحس . وسماع القراءة
ليس إلا جزءاً من هذا العالم المحسوس ، فلا وجه إذن للائتمام به ما دام قد قام تمن
القلب بفجواء مقام السماع ، والقلب هو محور العبادات .

وفي نطاق المعاملات نرى الأخذ بنظرية الهندواني ذلك لأن محور هذه التصرفات
ليس هو القلب وآية ذلك أن الفقهاء اتفقوا على أن عزم القلب وحده لا ينشئها ،
بل محورها دليل القلب وهو اللسان ولما كانت حركات اللسان وحدها غير منضبطة
إذ ثبت في علم النفس أن أفكار الإنسان تحاول دوماً أن تنقلب إلى عمل *Idéo-motrice*
و غالباً ما نرى الإنسان يحرك شفثيه عندما يتحدث نفسه عن أمر يريد ، وإما كان

(١) شرح النيل ، ج ١ ، ص ٣٩٠ .

(٢) راجع مقارنة المذاهب في الفقه عمل الأستاذ محمود شلتوت وعبد على السائس ، ص ٣٠ .

تحريك اللسان موضع التباس وإبهام قد يختلط مع عزيمة القلب ، لذلك فإننا نراه لا يصلح ضابطاً لظهور المزيمة في الخارج ، لنموضه وعدم انضباطه ، ونرى ضابط المهندوانى الذى يستلزم وجود الصوت أكثر وضوحاً وظهوراً والصق بنزعة الشريعة الإسلامية التى تبنى أحكامها على الأمور الظاهرة المنضبطة ، فالصوت هو كاشف ينبىء عن تخطى التعبير لعتبة النفس . فخرى به أن يكون عنصراً مقوماً للتعبير ، مادام التعبير ينعدم بانعدامه ، ويوجد بوجوده .

(٥) شرط السماع فى الإيجاب والقبول

فى التعاقد بين الحاضرين

عقد البيع

بعد أن عرفنا الأصول التى بنى عليها الفقهاء درجة ظهور التعبير بصورة عامة ، ننتقل إلى الكلام فى شرط السماع فى الإيجاب والقبول فى التعاقد بين الحاضرين ، فنبحث فى النواحي الآتية : (١) رائد هذا الشرط . (٢) دور القاضى علاء الدين فى إيجابه . (٣) تطوره . (٤) موقف الفقهاء من هذا الشرط .

(١) رائد هذا الشرط : لقد رأينا فى مطلع المرض السابق أن أول قائل بهذا الشرط هو أبو نصر البلخى المتوفى عام ٣٠٥ هـ ، وأن أول كتاب نص عليه هو كتاب « النوازل » لأبى الليث السمرقندى ، فقد جاء فى هذا الكتاب :

« وسئل أبو نصر عن رجل قال لرجل : « بمنى عبدك » فقال : « بعت » . فقال المشتري « اشتريت » ، ولم يسمع قول المشتري .

قال : للبائع أن ينقض البيع ما لم يكن جواباً يسمع (ر : اب) .

ومن المؤسف حقاً أن يظل مؤسس هذا الشرط أبو نصر البلخى ورائده مغموراً خلال التاريخ الطويل لشرط السماع ، لا يجد لدى الشراح والمحشين ، ممن تعاوروا هذا الشرط تقوية أو تضعيفاً ، إشارة إليه أو تنويهاً بذكره ، وإنه ليدعش المتبع للنصوص حقاً أن يصادف فيها سكوتاً مطبقاً عن عزو هذا الشرط إلى رائده وتصريحاً

بإسناده إلى مصدر آخر هو القاضي علاء الدين ، فما هو السر في هذا الالتباس ؟ وما هو مصدره ؟

(٢) دور القاضي علاء الدين في إجابته : إذا رجعنا إلى كتاب « المحيط »

نجد فيه إشارة واضحة إلى أن مؤسس هذا الشرط هو القاضي علاء الدين . جاء في المحيط :

« وذكر القاضي الإمام علاء الدين رحمه الله في شرح مختلفاته أن الصحيح عندي أن في بعض التصرفات يكتب بسماعه ، وفي بعضها يشترط سماع غيره ؛ مثلاً في البيع : لو أدنى المشتري صماخة إلى فم البائع وسمع يكفى ، ولو لم يسمع البائع نفسه ، ولم يسمعه المشتري لا يكفى ومنها إذا حلف لا يكلم فلاناً ، فناده من بعد بحيث لا يسمع لا يحث في يمينه نص على هذا في كتاب الإيمان ، لأن شرط الحث وجود الكلام معه ، ولم يوجد . (ر : ١١ ب) . »

وتفيد جملة « أن الصحيح عندي » الواردة في هذا النص وفي النصوص الأخرى التي نقلت عنه والواردة في الشروح والحواشي^(١) أن القاضي علاء الدين هو مبتدع لنظرية اشتراط سماع كل من العاقلين كلام الآخر . فهل هو حقاً مبتدع لها ، كما يفيد النص الآنف الذكر ، أم أنه متبع مقلد كما يشير إليه العرض التاريخي الذي يفيدنا بأن الرائد الحقيقي لهذا الشرط هو أبو نصر البلخي ؟

إننا نميل إلى الأخذ بما أفضى إليه مطافنا التنقيبي التاريخي في كتب المذهب . هذا المطاف الذي أنهانا إلى مولد هذا الشرط في مطلع القرن الرابع الهجري لدى أبي نصر البلخي . هذا وإذا عرفنا أن تاريخ وفاة القاضي علاء الدين هو في منتصف القرن السادس (٥٥٣) وأن الفاصل الزمني بينه وبين أبي نصر (توفي ٣٠٥) يقارب القرنين والنصف ، أدركنا أن فضل السبق في ديج هذه النظرية يعود إلى أبي نصر البلخي ، لا إلى القاضي علاء الدين .

ولئن أفاد نص القاضي علاء الدين أنه أول قائل بهذا الشرط ، فرد ذلك قد يكون جهل علاء الدين بفتوى البلخي في هذا الاشتراط .

أما العامل الذى حدا بالفقهاء والشراح الذين تناقلوا هذا الشرط إلى إغفال ذكر أبي نصر البلخى فردة في نظرنا إلى ذبوع شهرة المحيط كما يشير إلى ذلك الغرض السابق (١) .

(٣) تطور شرط السماع : لئن كانت فتوى أبي نصر البلخى تتناول شريطة السماع في القبول فقط ، فقد جاءت الكتب بعدها توسع هذه الشريطة بمطالبة إياها في كل من الإيجاب والقبول . ويبدو أن هذا التوسيع كان محل إجماع الفقهاء آنذاك . وكان أول كتاب أشار إلى ذاك التوسيع وهذا الإجماع هو الفتاوى الصغرى للصدر الشهيد ، فقد جاء فيه في معرض تعداد شرائط انعقاد البيع قوله : « ومنها سماع المتعاقدين كلامهما ، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع (ر : ٢ ب) » ثم جاءت الكتب بعده تترى تردد هذا الإجماع وذاك التوسيع (٢) .

هذا ولقد رأينا أيضاً أن أول كتاب أشار إلى طريقة إثبات السماع هو كتاب مجموع النوازل للكنشى ، فقد جاء فيه : « ولو سمع أهل المجلس ، وهو يقول ما سمعت ، وليس في أذنه وقر ، لا يصدق في القضاء (ر : ٤ ب) » . ثم رأينا صاحب الحاوى القدسى يضيف إلى شريطة السماع شريطة أن يفهم كل من المتعاقدين كلام الآخر (ر : ٧ ب) .

وأخيراً وجدنا محاولة في القنية ترمى إلى إشراك حاستين في التعاقد : حاسة السماع كما تشير الشريطة الأولى وحاسة الرؤية كما ترمى إليه المحاولة الجديدة . ونجد هذه المحاولة التى ترمى إلى اشتراط رؤية كل من المتعاقدين المتأخذ الآخر في كتاب القنية (ر : ٥٣ ب / ١) بيد أن هذه المحاولة — لحسن الحظ — لم تسد . وإلا لكان تمذدّر تقبل التعاقد بالمكاتبة وعن طريق الهاتف .

ويلاحظ أن جميع التطورات السابقة قد تمت قبيل نهاية القرن السادس الهجرى . ثم تخطى شرط السماع — على وضعه الذى تكامل فيه في القرن السادس رقاب القرون .

(١) ر : ٣٣ / ٨ و ٣٧ / ٨ .

(٢) ر : ٧ / ٨ ، ٣٩ / ٨ ، ٦٨ / ٨ ، ٧٠ / ٨ ، ٩٨ / ٨ ، ١١٠ / ٨ .

حتى وصل إلى عصرنا هذا ، لم تضاف إليه القرون المديدة التي مرت عليه سوى الشيء القليل ، نكاد نلحسه في تحليل لهذا الشرط نجده لدى القهستاني في القرن العاشر الذي قال في تسويبه « يشترط سماع كل من المتماقدين كلام الآخر كما في المحيط لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع لا بمحض التعقل (ر : ٤٠ ب/١) »^(١)

(٤) موقف الفقهاء من شرط السماع : اتخذ الفقهاء والشرائح من شرط السماع أحد مواقف ثلاثة فمنهم من ارتضى هذا الشرط ، ومنهم من ألقى الشك حوله ومنهم من صرح بتضعيفه ومنهم من تبدى اضطراب نصوصه في صده . ونستعرض فيما يلي هذه الاتجاهات الثلاثة :

(١) المرفوض لشرط السماع : إذا ألقينا نظرة على العرض التاريخي نجد العديد من الفقهاء ممن تقبل هذا الشرط وارتضاه وندرج فيما يلي أسماء المرتضين حسب تسلسلهم التاريخي ونشير قبل ذلك إلى قاعدة مقررة في عزو الآراء لدى الفقهاء وهي أن الفقيه الذي ينقل في كتابه رأيا لفقيه آخر دون تضعيف له يعتبر مرتضيا له بمجرد نقله^(٢) أما هؤلاء الفقهاء فهم : السمرقندي (١ ب) ، الصدر الشهيد (٢ ب) ، الكشي (٤ ب) ، المتأني (٦ ب) ، الحاوي القدسي (٧ ب) ، ظهير الدين (١٢ ب) ، السجستاني (١٣ ب) ، أبو المكارم (١٦ ب) ، أبو القاسم (٢٨ ب) ، الشمي (٣٣ ب) ، يعقوب باشا (٣٥ ب) ، قهستاني (٤٠ ب) ، ابن نجيم (٤٢ ب/١) ، الفتاوى الهندية (٤٦ ب/١) ، المروى (٤٨ ب/١) ، القزاني (٤٩ ب) ، المقدسي (٥٠ ب/١) ، عبد الحلیم (٥٦ ب/١) ، شيخ زادة (٥٧ ب) ، أبو السمود (٦٤ ب) ، الأدرنوي (٦٥ ب) ، الطحطاوي (٧٢ ب/١) .

(ب) أزمة شرط السماع : صادف شرط السماع عند مروره في كتاب الكافي

(١) ولعل هذا يؤيد ما ذهب إليه الأستاذ شفيق شحاته من أن أسس الفقه الإسلامي « بقيت ثابتة كما كانت من المبسوط إلى رد المختار (راجع النظرية العامة في الالتزامات في الشريعة الإسلامية (ف ٢٣ ، ص ٦٩) . »
(٢) ر : ٧٦ ب .

لفقيه الكبير حافظ الدين النسفي أزمة خطيرة ترجع إلى شك ألقاه هذا الفقيه حول قوة هذا الشرط عندما عزا - خطأ - إلى صاحب المحيط تضعيفه له ، وترجيحه لرأى الشيخين الهندوانى والفضلى القائلين بأن التعبير يقوم بمجرد سماع صاحبه له . جاء فى السكاكى .:

« وأدنى المخافة أن يصحح الحروف ، وقال الهندوانى والفضلى . . . وأدنى المخافة أن يسمع نفسه ، إلا لما نفع . . . وعلى هذا الاختلاف كل ما يتعلق بالنطق كالعتاق والطلاق والاستثناء والتسمية على الذبيحة والإيلاء والبيع . . . وقيل الصحيح فى بعض التصرفات يكفى سماعه ، وفى بعضها شرط سماع غيره ، كما فى البيع .

قال صاحب المحيط الأصح قول الشيخين (ر : ٢٥ ب) . »

ولقد كان هذا العزو المشار إليه فى النص آنف الذكر - والذي ثبت لدينا خطؤه إبان تحقيقنا للعرض التاريخى لشرط السماع^(١) - ذا أثر واضح لدى الشراح والمحشين الذين أتوا بعده لما يتمتع به كل من النسفى وصاحب المحيط والشيخان من مكانة كبيرة بين بناء الفقه الإسلامى .

ولقد كان من آثار مضاعفات هذه الأزمة أن انطلقت سهام التضعيف تترى على هذا الشرط تجريحاً^(٢) منذ مطلع القرن الثامن حيث اقترنت فى كافى النسفى حتى أواسط القرن الثالث عشر حيث لقي هذا الشرط معارضة شديدة على يد الشيخ مصطفى الرحمتى الأنصارى الذى أقدم على إنكاره بجرأة وصراحة لأول مرة فى تاريخه .

تضعيف الشيخ الرهمنى لشرط السماع : لم يستند الشيخ الرحمتى فى تضعيفه لشرط السماع إلى حجة تقليدية بل سعى إلى تحليل كلام القاضى علاء الدين الذى يأخذ

(١) ر : ٤٠ / ٨ .

(٢) راجع الكتب التى ورد فيها الشرط مضعفاً فى العرض السابق فى الهوامش الآتية .
 (٥٢ ، ٦٠ ، ٦٥ ، ٦٨ ، ٧٧ ، ٨٠ ، ٨٩ ، ٩٦ ، ١٠٣ ، ١٢٤ ، ١٣٣ ، ١٤٢ ، ١٥٠ ، ١٥٧ ، ١٦٤ ، ١٧١ ، ١٩٣ ، ١٩٥) .

بهذه النظرية . ونحن إذا ما رجعنا إلى نظرية هذا القاضي نراه يقرر حكيم :
الحكم الأول : إن تعبير البائع يجب أن يكون مسموعاً من المشتري . الحكم الثاني :
وهو أن كلام الخائف يجب أن يكون مسموعاً من المحلوف عليه . ولقد جاء الحكم
الأول في هذا النص عارياً من التعليل ، أما الحكم الثاني فقد علاه صاحبه بقوله :
« لأن شرط الحث وجود الكلام معه ، ولم يوجد » .

ولقد سلم الرحمتي بالحكم الثاني المعلن الذي أتى به القاضي علاء الدين وقرر أن
الخائف لا يثبت في كلامه مع المحلوف عليه إلا إذا كان كلامه مسموعاً من هذا
الأخير ، ووجه قول علاء الدين بقوله : « لأن الكلام مأخوذ من الكلام وهو
الجرح سمى به لأنه يؤثر في نفس السامع وذلك لا يحصل إلى سماع » .

أما الحكم الأول الذي أتى به القاضي علاء الدين والذي يقضي بأن إيجاب البائع
لا يعتبر قائماً ما لم يكن مسموعاً من المشتري ، فقد كان نصيبه عدم التسليم والرفض
من السيد الرحمتي ، كما كان نصيبه التضميف من حافظ الدين التسنخي وغيره من
الفقهاء الذين ارتضوا تضعيفه .

قال الشيخ الرحمتي في تعليقه : « ووجه ما صححه في الكافي أن الإيجاب من
البائع مثلاً ما أوجب به للمشتري بالقبول والموجب هو البائع ، فالشرط هو وجود
الفعل منه ، وهو نطقه ، وذلك في تصحيح الحروف سواء سمع الثاني أو لا » .

وكان الشيخ الرحمتي يريد أن يقول « إن الإيجاب معناه الإثبات ، وإذا كان
البائع يثبت للمشتري الحق في القبول فهو في هذا بمنحه حقاً وليس إثبات هذا الحق
لآخر بحاجة إلى علمه ما دام غير ملزم له وإذا كان الفقه الإسلامي في قواعده
الكلية قد نص على عدم إلزام أحد بتملك شيء بدون رضاه لما قد يترتب على
هذا التملك من التزامات فليس فيه ما يدل على عدم إلزام آخر بتملك شيء بدون
علمه ، ما دام هذا التملك يتمحض لمنفعته » .

ونحن إذا ما رجعنا إلى الضابط الذي وضعه الفقه الإسلامي لاشتراط العلم نراه

يرتكز على مبدأ الحديث الشريف : « لا ضرر ولا ضرار » فحيث يفضى تعبير ما إلى ضرر الغير ينبغي لإعلام الغير به ، وحيث يفضى تعبير ما إلى نفع الغير فليس ثمة من حاجة إلى علمه به . والعلة تدور حول المعلول وجوداً وعدمًا . وإذا كان الإيجاب كما رأينا يفضى إلى نفع القابل لأنه يثبت له الحق في القبول فليس يفتقر هذا الإيجاب إلى علم القابل مادام يورثه نعمًا لا ضرراً .

وبناء على ما تقدم لا مجال لقياس تعبير الموجب على كلام الخالف كما ذهب إليه القاضي علاء الدين بل إن ثمة اختلافاً بينهما لا يسوغ حشرهما في زمرة واحدة وهي زمرة الألفاظ المسموعة بل يسوغ التفريق بينهما ودمج الأول في زمرة التعبيرات الملقاة والحاق الثاني في زمرة التعبيرات المتلقاة .

قال الشيخ الرحمتي مشيراً إلى هذا الاختلاف : « ووجه ما صححه في الكافي أن الإيجاب من البائع مثلاً ما أوجب به للمشتري القبول والموجب هو البائع فالشرط وجود الفعل منه وهو نطقه وذلك في تصحيح الحروف سواء سمع الثاني أولاً ، بخلاف ما لو حلف لا يكلمه ، فإن الكلام مأخوذ من الكلام ، وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر في نفس السامع ، وذلك لا يحصل إلا بسماع » .

وبعد أن أفرق الشيخ الرحمتي بين تعبير الموجب ، وكلام الخالف ، جمع بين وجوب سماع هذا الأخير وسماع الشاهدين والتلاوة ، قال :

« إن الكلام مأخوذ من الكلام ، وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر في نفس السامع وذلك لا يحصل إلا بسماع . وكذا اشتراط سماع الشهود كلام العاقلين في النكاح ، وسماع التلاوة في وجوب السجدة على السامع ، ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير اهـ » .

ونحن لا نذهب إلى ما ذهب إليه الرحمتي في هذا القياس ، إنه في رأينا قياس مع الفارق من حيث التعليل . فنحن نقر بوجوب سماع الشهود لصحة عقد النكاح ووجوب سماع التلاوة في وجوب السجدة ، بيد أننا لا نذهب إلى أن العلة في هذا «الوجوب» هي كون كلام الماعد مؤثراً في نفس الشاهد أو أن التلاوة مؤثرة في نفس

السامع ، بل العلة هي غير هذا وذلك إن العلة في وجوب سماع الشهود هي كون المقصود من حضور الشاهد هو سماعه . والعلة من وجوب سماع التلاوة في وجوب السجدة هي كون التلاوة ملزمة « والالزام يبنى على العلم » ، لقوله تعالى « وما كنا بمعذبين حتى نبعث رسولا » .

هذا ومهما يكن من أمر تعليل الشيخ الرحمتي ، فقد لقي من بمد دعماً له من الشيخ عبد القادر الرافعي الذي انضم إلى جانبه ، وأيد اعتبار التعبير التماقدي بين التماقدين تبصيراً ملقياً ، جاء في كتابه التقرير المختار رد المحتار في رده على ابن عابدين . نصير شرط السماع وصاحب الحاشية التي يضع الرافعي تقريره عليها ما يلي :

« وما ذكره [ابن عابدين] من دليل أو جهة هذا القيل [قيل يشترط سماع المشتري] لا يفيد تصحيحه فإن اشتراط سماع الغير فيما ذكره لدليل دل عليه ، وذلك أن الكلام مأخوذ من الكلام وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر في نفس السامع وذلك لا يحصل إلا بسماعه ، ونحو ذلك يقال فيما اشترط فيه سماع الغير .

بخلاف الإيجاب مع البائع مثلاً فإنه ما أوجب للمشتري القبول ، والموجب هو البائع ، فالشرط وجود الفعل منه ، وهو نقطة ، وذلك بتصحيح الحروف ، سواء سمع الثاني أولاً ، من الرحمتي ^(١) (ر : ٧٦ ب) »

تصحيح ابن عابدين لشرط السماع : سار ابن عابدين — وهو من الشنوفيين بكتابي النهر الفائق والبحر الرائق — على غرار صاحبهما سراج الدين همر بن نجيم وزين الدين بن نجيم في تصحيحهما لشرط السماع ولم يأخذ برأى المضعفين لهذا الشرط أمثال علاء الدين الحصكفي صاحب الدر المختار الذي يضع حاشيته على شرحه وحافظ الدين النسفي صاحب الكافي ، والكمال بن همام ، وحسن بن عمار الشرنبلاتي الذين أشار إلى تضعيفهم لهذا الشرط في حاشيته . ولم يكتف ابن عابدين في استناده في تصحيحه لهذا الشرط على أدلة نقلية ارتكز فيها على تصحيح صاحب النهر وارتضاء صاحبي الحلية والبحر ، وإنما استند أيضاً إلى دليل آخر لغوى ارتكز فيه

(١) راجع ما سبق ، ف ١٤٦ ، ص ١١٦ وف ١٨٩ ، ص ١٨٢ .

على مفهوم حد الكلام^(١) . واقد رأينا أن الدليل الثاني كان هدفاً لتجريح الشيخ رحمته .

ويلاحظ أن ابن عابدين يسوى في هذا الدليل بين الإيجاب والقبول من جهة ، وكلام الخالف مع الخلوفاً عليه من جهة أخرى . وهو في هذا يقتضى إثر القاضى علاء الدين الذى جمع بينهما ، ويخالف شيخه الرسمى الذى أفرق بينهما . ونحن نرى أن هذا القياس هو قياس مع الفارق . وفيما عدا ذلك فإن استناد ابن عابدين إلى مفهوم الكلام فى تعليله لاشتراط السماع فى الإيجاب والقبول ، باعتبار كل منهما كلاماً يجب أن يسمع ، لأنه يؤثر فى نفس السامع ، يستلزم أن تكون كل التسميات متفقة مادامت كلاماً وعلى هذا يكون الطلاق والرجعة والإبلاء والاستثناء وغيرها تسميات واجبة التلق ، وهذا ما لم يقل به ابن عابدين نفسه ذلك لأنه نوه بأن التسميات التى يشترط فيها السماع محصورة ، يدل على ذلك قوله : « ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير^(٢) . »

ويلاحظ أيضاً أنه كان يطمح على ابن عابدين أن لا يعمد إلى الاستناد إلى مفهوم الكلام بعد اعتراض الرسمى على هذا الدليل . وأنه كان من الأولى فى نظرنا أن يعمد إلى الرد على الدليل الذى جاء به الرسمى لتضعف هذا الشرط مادام يدعو هو فى دوره إلى تقويته ، وهو ما لم يفعل .

أما ما ذهب إليه ابن عابدين من أن صاحبي البحر والحلية قد ارتضيا شرط السماع فهو محل نظر ؛ ذلك أنه ليس فى كلام الأول ما يشير بارتضائه صراحة .

وقد نبه إلى ذلك الرافى بقوله : « ليس فى البحر ما يدل على تصحيحه لهذا القول وإن كان مجرد نقله بدون تضعيف له يشير إلى ارتضائه له^(٣) » واقد رجعنا فى دورنا إلى كتاب الحلية فلم نجد فيه ما يشير إلى الارتضاء النوه عنه^(٤) .

الترددون بين تضعيف شرط السماع وتقويته : بعد أن استعرضنا الاتجاهات الثلاثة لمواقف الفقهاء إزاء شرط السماع نتقل إلى فريق من الفقهاء لم يكن لهم موقف

(١) ر : ٧٤ ب . (٢) راجع ما سبق ، ف ١٨٩ .

(٣) ر : ٧٦ ب . (٤) ر : ٥ / ١٩٤ .

واضح في هذا الصدد فيينا هم يصرحون بتضمينه في موضع زاعم في موضع آخر
يسلمون بإيجابه .

ويتبدى اضطراب أقوال هذا الفريق الأخير في مظهرين .

المظهر الأول ، نجده في تعارض نصوص بعضهم الواردة في باب الصلاة مع
نصوصهم الواردة في باب البيع في صدد اشتراط السماع .

المظهر الثاني ، نجده في تعارض نصوصهم الواردة في باب البيع مع نصوص
أخرى واردة في نفس هذا الباب في صدد اشتراط السماع .

ومثال الحالة الأولى نجده لدى ابن الهمام فيينا نحن نجده يذهب إلى تضمين
اشتراط السماع في البيع في معرض تحدّثه عن درجة ظهور القراءة في الصلاة ، نجده
في باب البيع يحمل اشتراط السماع أمراً مسلماً (قارن ٣٠ ب و ٣٠ ب/١) وقس
على ذلك حالات التعارض الأخرى الواردة لدى الفقهاء الآخرين أمثال العيني
(قارن ٢٩ ب و ٢٩ ب/١) وملايلاس (قارن ٤١ ب و ٤١ ب/١) والحوي
(قارن ٥٢ ب و ٥٢ ب/١) .

ومثال الحالة الثانية نجده لدى كتاب الخلاصة فهو يقرر اشتراط السماع في
باب البيع يحجز انقضاء العقد حال صدور الإيجاب إلى غائب وقبول هذا الغائب عند
حضوره رغم عدم سماعه (قارن ٣ ب/١ و ٣ ب/٢) وقد ردد هذا التعارض عديد
من الكتب أمثال المحيط (قارن ١١ ب/١ و ١١ ب/٢) والفتاوى التارخانية (قارن
١٤ ب/١ و ١٤ ب/٢) وشرح القدوري للزاهدي (قارن ١٥ ب و ١٥ ب/١) والفتاوى
البرزازية (قارن ٢٧ ب و ٢٧ ب/٢) . هذا وقد سبق أن أشرنا في معرض تحقيقنا
لشرط السماع أن أول من جابه هذا الإشكال هو الفقيه المحقق صاحب البحر الرائق
(ر ٤٢ ب/٣) . وأخيراً نجد الطحطاوي (في حاشيته على الدر المختار) يلتزم جانب
الحياة في موقفه من خصوم شرط السماع وأنصاره مقررّاً تصحيح كليهما (ر: ٧٢ ب)
التوفيق بين هذه الأقوال المتعارضة

لكي يتسنى لنا تحليل هذه الظاهرة التي لمسناها لدى بعض الفقهاء لا بد لنا من
توضيح القاعدة التي سار عليها الفقهاء في موقفهم من لفظي (الصحيح) (والأصح)
عند التعارض .

يذهب الفقهاء مذهبين في موقفهم من تقديم أحد هذين المفهومين على الآخر .
فهم من يذهب إلى تقديم الأصح على الصحيح ، ومنهم من يذهب إلى تقديم الصحيح
على الأصح .

ذهب إلى الرأي الأول الجمهور .

وقد جاء في فتاوى الرملي « الأصح أكد من الصحيح ^(١) » وجاء في موضع
آخر من هذه الفتاوى في كتاب الكفالة « والصحيح لا يدفع قول صاحب المحيط هذا
هو الأصح وعليه الفتوى ^(٢) » .

وعلق ابن عابدين على قول الرملي والأصح أكد من الصحيح بقوله « هذا هو
الشهور عند الجمهور لأن الأصح مقابل للصحيح وهوأي الصحيح مقابل للضعيف ^(٣) »
وذهب إلى الرأي الثاني الحلبي في شرح النيسة إذ قال : « إذا تعارض إمامان
معتبران عبر أحدهما بالصحيح ، والآخر بالأصح ، فالأخذ بالصحيح أولى ، لأنهما
اتفقا على أنه صحيح ، والأخذ بالتفق أوفق ، فليحفظ ^(٤) » .

وجاء في رسالة آداب المفتي : « إذا ذلت رواية في كتاب معتمد بالأصح .. فله
أن يفتي بها ، أو بمخالفها أيضاً ، أيا شاء ، وإذا ذلت بالصحيح .. لم يفت بمخالفه
إلا إذا كان في الهداية مثلاً هو الصحيح ، وفي الكافي بمخالفه هو الصحيح ، فيخير ^(٥) »
ويبدو أن هذه الحلول التي وضعها الفقهاء هي خاصة بحالات التعارض بين نصين
لفقيهين مختلفين لا لنصين تابعين لفتية واحد كما هو الحال في الحالة التي نجابهها .
وإذا طبقنا هذه الحلول على الحالة التي نجابهها استطعنا أن نجد توفيقاً لهذا التعارض
الملحوظ ، على اعتبار أصحابه يذهبون المذهب الثاني المشار إليه ، الذي يرمى إلى الاعتداد
بالصحيح دون الأصح .

(١) الدر المختار ، ج ١ ، ص ٥٢ ، س ٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ، ج ١ ، ص ٥٢ ، س ١٢ .

(٣) المرجع السابق ، س ٤ .

(٤) المرجع السابق ، المتن ، س ٦ .

(٥) المرجع السابق ، س ١٥ .

أما التمازى الذى لاحظناه بين اشتراط السماع وبين اعتبار إيجاب اللوجب قائمة ولو كان القابل غائباً فيبقى قائماً ويجب اعتبار القول الثانى من قبيل الرواية المشادة التى يجب طرحها .

تقدير دعوى الاجماع على شرط السماع

إذا رجعنا إلى كتاب الخلاصة لافتخار الدين نجد فيه جزءاً بأن شرط سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر فى البيع كان موضع الإجماع لدى الفقهاء^(١) فهل حقاً كان هذا الشرط موضع الإجماع فى عصر افتخار الدين ، وإذا كان كذلك ، فهل استمر الفقهاء على إجماعهم على هذا الشرط ، أم أن ثمة من حاد عنه وأنكره ؟

إننا نذهب إلى نفي دعوى الإجماع التى أشار إليها صاحب الخلاصة . ولسنا نريد فى تدليلنا على هذا النفي الاستناد إلى آراء الأصوليين فى نفي الإجماع^(٢) وإنما ننجح إلى الاستناد إلى النصوص فى دعم دعوانا هذه . الدليل الأول : إن المتبع لتصوص المحيط البرهاني يصادف نصوصاً أربعة تتعارض فيما بينها كل التعارض .

(١) جاءت دعوى الاجماع أيضاً فى الفتاوى الصغرى نقلاً عن الفتاوى الهندية ر : ٤٦ ب / ١ المحيط البرهاني ر : ١١ ب / ١ . والفتاوى البرازية ر : ٢٧ ب والبحر الرائق ر : ٤٢ ب / ١ وجامع الفتاوى ر : ٢٨ ب .

(٢) جاء فى علم أصول الفقه لأستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ، ص ٤٧ و ص ٥٠ ، « الإجماع فى اصطلاح الأصوليين هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول . على حكم شرعى فى واقعة . فإذا وقعت حادثة وعرضت على جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية وقت حدوثها ، وانفقوا على حكم فيها سمي اتفاقهم إجماعاً ، واعتبر إجماعهم على حكم واحد فيها دليلاً على أن هذا الحكم هو الحكم الشرعى فى الواقعة .

قالت طائفة من العلماء ، منهم النظام وبعض الشيعة ، إن هذا الاجماع الذى تبينت أركانه لا يمكن انعقاده عادة ، لأنه يتميز بتحقيق أركانه ، وذلك أنه لا يوجد مقياس يعرف به إذا كان الشخص بلغ مرتبة الاجتهاد أو لم يبلغها . ولا يوجد حكم يرجع إليه فى الحكم بأن هذا مجتهد أو غير مجتهد . فمعرفة المجتهدين من غير المجتهدين متعذرة ... وقد نقل ابن حزم فى كتابه الأحكام عن عبد الله بن أحمد بن حنبل قال سمعت أنه يقول : « من ادعى الإجماع فهو كذاب . » ثم عقب على هذا أستاذنا الخلاف بقوله :

« والذى أراه الراجح أن الإجماع بتدريجه وأركانه التى بينهاها لا يمكن عادة انعقاده إذا وكل أمرة إلى أفراد الأمم الإسلامية وشعوبها ، ويمكن انعقاده إذا تولت أمره الحكومات الإسلامية على اختلافها . »

أما النص الأول فقد ورد في الجزء الأول من هذا الكتاب ، وهو يدعى إجماع العلماء على أن سماع صاحب التعبير تشبيره كاف .

أما النص الثاني فقد ورد أيضاً في الجزء الأول ، وهو يدعى انفراد القاضي علاء الدين باشتراط سماع الوجه إليه التعبير .

والنص الثالث ورد في الجزء التاسع ، وهو يدعى إجماع الفقهاء على اشتراط سماع المخاطب لتعبير المخاطب .

والنص الرابع ورد أيضاً في الجزء التاسع ، وهو يحمل تعبير المخاطب قائماً ولو كان المخاطب غائباً .

جاء في النص الأول : « وقيل عن الفقيه أبي جعفر الهندواني ... أنه لا يميزه مالم يسمع نفسه وبه أخذ عامة المشايخ (ر : ١١ ب) »

وجاء في النص الثاني : « وذكر القاضي الإمام علاء الدين ... إن الصحيح عندي أن في بعض التصرفات يشترط سماع غيره (ر : ١١ ب) »

وفي النص الثالث : « فسماع المتماقدين كلاهما في البيع شرط انعقاد البيع بالإجماع (ر : ١١ ب / ١) »

وفي النص الرابع : « وإذا قال بعت من فلان الغائب ، فحضر فلان المجلس ، وقال اشتريت ، يصح (ر : ١١ ب / ٢) »

لسنا نجد من سبيل إلى التوفيق بين لفظ الإجماع الوارد في النص الثالث مع لفظ عندي الوارد في النص الثاني والذي يفيد انفراد القاضي علاء الدين في القول بهذا الرأي .

وكذلك لا سبيل إلى التوفيق بين دعوى إجماع الفقهاء على الأخذ برأى الهندواني — والتي تكتفى بسماع صاحب التعبير — الواردة في النص الأول ودعوى إجماع الفقهاء الواردة في النص الثالث والتي لا تكتفى بسماع صاحب التعبير لتعبيره بل تنشد إلى جانب ذلك سماع المخاطب .

وأخيراً لا سبيل إلى قبول دعوى الإجماع الواردة في النص الثالث مع الفرع الوارد في النص الرابع والذي يحمل التعبير قائماً رغم عدم سماع المخاطب .

إن هذه النصوص تتعارض فيما بينها كل التمازض وهي إن اتفقت في شيء قائماً تتفق على وجود الخلاف بين الفقهاء في هذا الموضوع وخرق الإجماع الذي ادعاه صاحب المحيط .

الدليل الثاني : إن إجماع المتون الشهيرة على إغفال هذا الشرط وعدم إدراجه بين شروط الانعقاد إبان بحثها لأحكام البيع هو دليل ثانٍ ركنٍ إليه في خرق الإجماع الذي جاء في الخلاصة .

لقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن المتون المعتبرة هي الهداية ، والوقاية ، والمختار^(١) ومجمع البحرين^(٢) والكنز^(٣) . ونحن إذا ما بحثنا في كتاب البيوع من هذه المتون لا نجد لهذا الشرط أثراً^(٤) وإذا عرفنا أن سر اعتماد هذه المتون هو تمييز أصحابها بين الراجح والمرجوح والمقبول والمردود ، والقوى والضعيف ، وعدم إيرادهم في متونهم إلا لما هو راجح مقبول قوى إذا عرفنا ذلك تساءلنا مستغربين عن سر هذا الإغفال هل الباعث عليه كون شرط السماع مرجوحاً أو مردوداً أو ضعيفاً ، أو كونه من الأمور المسئلة ؟ ؟ ؟

(١) للموصل توفي عام ٦٨٣ هـ .

(٢) لابن الساعاتي توفي ٦٩٤ هـ .

(٣) « قال الجامع ... وقد كثر اعتماد المتأخرين على الكتب الأربعة وسموها المتون الأربعة وهي المختار والكنز والوقاية ومجمع البحرين ومنهم من يعتمد على الثلاثة الوقاية والكنز ومختصر القدوري ... قالوا وما في المتون مقدم على ما في الشروح وما في الشروح مقدم على ما في الفتاوى إلا إذا وجد ما يدل على الفتوى في الشروح والفتاوى فينبذ مقدم ما فيها على ما في المتون » ... لأن التصحيح الصريحى أولى من التصحيح الإلزامى (ر : ف ب : ص ١٠٦) « ولم يريدوا بالمتون كل المتون بل المتون التي صنفها يميزون بين الراجح والمرجوح والمقبول والمردود والقوى والضعيف فلا يوردون في متونهم إلا الراجح والمقبول والقوى وأصحاب هذه المتون كذلك . وهذا في عرف المتأخرين أما في عرف المتقدمين قبل أزمنة المصنفين المذكورين فثبت قالوا ما في المتون مقدم أرادوا به متون كبار مشايخنا وأجلة فقهاءنا كتصانيف الطحاوى والكرخى والجصاص والمصنف والمحكم وغيرهم (المرجع السابق) . »

(٤) يلحظ أن صاحب البدائع لم يشر إلى شرط السماع في عقد البيع ، وحتى المتون المتأخرة لم تنص عليه كدور الحسكام وتنوير الأبصار .

§ ٢ - شرط السماع في الإيجاب والقبول في عقد النكاح

قبل أن نتكلم عن شرط السماع في عقد النكاح نستعرض فيما يلي :

(أ) فهرس مجموعات النصوص الفقهية التي تعرضت لهذا الشرط مرتبة حسب متونها اعتباراً من متن الهداية (المرغيناني ٥٩٣ هـ) حتى متن تنوير الأبصار (الثمرناشي ١٠٠٣ هـ) .

(ب) فهرس المجموعات آنفه الذكر مرتبة حسب تسلسلها الزمني ، وموزعة على القرون النسمة المبتدئة بالقرن السادس (الخلاصة ٥٤٢ هـ) والمنتبهة بالقرن الرابع عشر (التقرير المختار رد المختار ١٣٢٣ هـ) .

(ج) تحقيق النصوص الفقهية وعرضها وفق الفهرس الثاني آنف الذكر .

(أ) فهرس مجموعات النصوص

نستعرض فيما يلي فهرس مجموعات النصوص الفقهية مرتبة حسب متونها على غرار ما صنعنا قبل عرض نصوص شرط السماع في عقد البيع . وبلاحظ هنا أن الوقاية هي المتن القديم الوحيد الذي أشار إلى شرط السماع في النكاح ، بينما أغفلت ذكره المتن القديمة الأخرى . وهذه الظاهرة هي التي تفسر لنا اهتمام شراح الوقاية بهذا الشرط وإهمال شراح المتن الأخرى له ، فبينما نحن نجد مثلاً أن ما يقارب العشرين شارحاً من مجموعة الوقاية قد دعموا هذا الشرط في شروحههم ، نجد أن اثنين فقط من أفراد مجموعة الهداية قد تحدثوا عن هذا الشرط وهما المرغيناني والكال بن همام ، وقد ضعفه الأول ، وأيده الثاني ، وإليك فيما يلي الفهرس البحوث عنه :

مجموعة الفتاوى : القرن السادس : الخلاصة (١ ن) ؛ الفتاوى الخانية (٢ ن)
القرن التاسع : الفتاوى البرازية (٦ ن) ؛ القرن الحادى عشر : الفتاوى الهندية (٢٥ ن) .

مجموعة الهداية : القرن السادس : مختارات النوازل (٢ ن) ؛ القرن التاسع : فتح القدير (٧ ن) .

مجموعة الوقاية : القرن السادس : الوقاية (٤ ن) ؛ القرن الثامن : حل المواضع المتعلقة من وقاية الرواية (٥ ن) ؛ القرن التاسع : العناية (٨ ن) توفير العناية (٨ ن / ١) ، كمال الدارية (٩ ن) ، ابن ملك (١٠ ن) ، يعقوب باشا (١١ ن) ؛ القرن العاشر : ذخيرة العقبي (١٣ ن) ، البرجندي (١٤ ن) ، إيضاح الإصلاح (١٥ ن) ، جامع الرموز (١٦ ن) ، ملا الياس (١٧ ن) ، آلهى زادة (١٨ ن) ؛ القرن الحادى عشر : فتح باب العناية (٢٦ ن) ، مفاتيح القيود (٢٧ ن) ، غواص البحرين (٢٨ ن) ؛ القرن الثالث عشر : أبو المكارم (٤٢ ن) ؛ القرن الرابع عشر : عمدة الرعاية (٤٨ ن) .

مجموعة الكنتز : القرن العاشر : البحر الرائق (١٩ ن) ؛ القرن الحادى عشر : أوضح رمز على نظم الكنتز (٢٩ ن) ، النهر الفائق (٣٠ ن) ، كشف الرمز عن خبايا الكنتز (٣١ ن) ؛ القرن الثانى عشر : فتح الله المين (٣٨ ن) .

مجموعة ملقى البحر : القرن العاشر : ملقى البحر (٢٢ ن) ، جرى الأنهر (٢٣ ن) ، عبد الرحيم باشا (٢٤ ن) ؛ القرن الحادى عشر : المنقى (٣٣ ن) ، مجمع الأنهر (٣٤ ن) ؛ القرن الثانى عشر : شرح السيد الحلبي (٣٩ ن) ، المعادل (٤٠ ن) .

مجموعة الدرر : القرن التاسع : غرر الأحكام (١٢ ن) ، درر الحكم (١٢ ن) ، القرن العاشر : نقد الدرر (٢٠ ن) ، الحادى (٢١ ن) ، القرن الحادى عشر : كشف رموز غرر الأحكام (٣٢ ن)

مجموعة التنوير : القرن الحادى عشر : تنوير الأبصار (٣٥ ن) ، منح الغفار (٢٦ ن) ، الدر المختار (٣٧ ن) ؛ القرن الثانى عشر : تحفة الأخيار (٤١ ن) ؛ القرن الثالث عشر : حاشية الطحطاوى (٤٣ ن) ، حاشية الرحمتى (٤٤ ن) ، تماييق الانوار (٤٥ ن) ، رد المختار (٤٦ ن) ، حميد الآثار (٥٠ ن) .

(ب) فهرس عرض النصوص الفقهية لشرط السماع
في الإيجاب والقبول في عقد النكاح

القرن السادس : مج ف : الخلاصة (١ ن) ، الفتاوى الخانية (٢ ن) ؛ مج هـ :
مختارات النوازل (٣ ن) ؛ مج و : الوقاية (٤ ن) .
القرن السابع : ..

القرن الثامن : مج و : حل المواضع المغلقة (٥ ن) .

القرن التاسع : مج ف : الفتاوى البزازية (٦ ن) ؛ مج هـ : فتح القدير (٧ ن) ؛
مج و : العناية (٨ ن) ، توفيق العناية (٨ ن / ١) ، كمال الدراية (٩ ن) ، ابن ملك
(١٠ ن) ، يعقوب باشا (١١ ن) ؛ مج د : درر الحكم (١٢ ن) .

القرن العاشر : مج و : ذخيرة المقي (١٣ ن) ، البرجندی (١٤ ن) ، إيضاح
الإصلاح (١٥ ن) ، جامع الرموز (١٦ ن) ، ملا الياس (١٧ ن) ، إلهي زادة
(١٨ ن) ؛ مج ك : البحر الرائق (١٩ ن) ؛ مج د : نقد الدرر (٢٠ ن) ،
الخادى (٢١ ن) ؛ مج م ، ملتقى الأبحر (٢٢ ن) ، جرى الأنهر (٢٣ ن) ،
عبد الرحيم باشا (٢٤ ن)

القرن الحادى عشر : مج ف : الفتاوى الهندية (٢٥ ن) ؛ مج و : فتح باب
العناية (٢٦ ن) ، مفاتيح القيود (٢٧ ن) ، غواص البحرين (٢٨ ن) ، مج ك :
أوضح رمز (٢٩ ن) ، النهر الفائق (٣٠ ن) ، كشف الرمز (٣١ ن) ؛ مج د :
كشف رموز غرر الأحكام (٣٢ ن) ؛ مج م : المنتقى (٣٣ ن) ، مجمع الأنهر
(٣٤ ن) ؛ مج ت : تنوير الأبصار (٣٥ ن) ، منح الغفار (٣٦ ن) ، الدرر المختار (٣٧ ن) .
القرن الثانى عشر : مج ك : فتح الله المين (٣٨ ن) ؛ مج م : السيد الحلبي
(٣٩ ن) ، المادل (٤٠ ن) ؛ مج ت : تحفة الأخيار (٤١ ن) .

القرن الثالث عشر : مج و : أبو الكارم (٤٢ ن) ؛ مج ت : الطحطاوى (٤٣ ن) ،
الرحمى (٤٤ ن) ، تمايلىق الأنوار (٤٥ ن) ، رد المختار (٤٦ ن) ، طوابع الأنوار (٤٧ ن)
القرن الرابع عشر : مج و : عمدة الرعاية (٤٨ ن) ؛ مج ت : التحرير المختار
(٤٩ ن) ، حميد الآثار (٥٠ ن) .

(ح) عرض النصوص الفقهية لشرط السماع
في الإيجاب والقبول في عقد النكاح

القرن السادس

(ج ف)

١ ن — افتخار الدين (٥٤٢ هـ) ، الخلاصة ^(١) ، ق ١٥٣ ، س ٥٩ : « إن سماع كل من واحد من الماقيدين شرط صحة البيع بالإجماع ، وفي النكاح المختار ^(٢) أنه شرط أيضاً ، وفي الخلع كذلك » .

٢ ن — قاضي خان (٥٩٢ هـ) فتاوى (على هامش الفتاوى الهندية) ، ج ١ ، ص ٣٣٢ ، س ١ : « ولا يصح النكاح ما لم يسمع كل من الماقيدين كلام صاحبه » .

(مجموعة الهداية)

٣ ن — المرغيناني (٥٩٣ هـ) ، مختارات النوازل ، ج ١ ، ق ٨٢ ، س ٢ : « وقيل ^(٣) لا يصح ما لم يسمع كل واحد من الماقيدين كلام صاحبه » .

(مجموعة الوقاية)

٤ ن — برهان الشريعة المحبوبي (٦٠٠ هـ) ، الوقاية (نقلا عن كمال الدراية) ، ج ١ ، ق ١٣٥ ، س ٢٥ : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر » .

(١) « الخلاصة » هي أقدم كتاب عثرنا فيه على شرط السماع في النكاح .

(٢) يلحظ أنه رغم أن شرط السماع في النكاح بدأ أضعف من شرط السماع في البيع بدليل الإجماع على الثاني دون الأول . فقد جاءت المتون المتأخرة أمثال الدرر والتنوير ناصة على الأول دون الثاني (راجع ماسبق ، ف ١٢١ ، ص ١١٢) .

(٣) المرغيناني هو المصنف الأول لشرط السماع في النكاح . ويلاحظ أن هذا التضعيف أتى خلوا من التسوية . وسنرى أن الشراح الذين ألفوا الشك حول هذا الشرط قد استندوا إلى أحد مسوغات ثلاثة :

==

القرن السابع

...

القرن الثامن

(محو)

٥ ن - تاج الشريعة (٨٤٧ هـ) ، حل المواضع المغلقة من وقاية الرواية ، ق

٦٧ ، س ١٧ : « وشرط سماع كل منهما (المتعاقدين) لفظ الآخر . »

القرن التاسع

(محو ف)

٦ ن - ابن البزاز الكردى (٨٢٧ هـ) ، فتاوى (على هامش الفتاوى

الهندية) ، ج ٤ ، ص ١١٨ ، س ٣٩ : « وسماع كل واحد من العاقدین كلام الآخر

شرط » . وجاء فى كتاب البيع من نفس المرجع ، ص ٣٤٦ ، س ٧ : « وسماع كل

من المتعاقدين كلام صاحبه شرط انعقاد البيع . . . وكذا فى النكاح والخلع

فى المختار » .

== ١ - فنهى من استند إلى عدم اطراده (ر : ١٨/٥) وهؤلاء فريقان :

(١) فريق أخذ عليه عدم إمكان تطبيقه حال نكاح الفضولى حيث يتم العقد

بإيجاب الفضولى رغم عدم سماع العاقد الآخر .

(٢) وفريق أخذ عليه عدم إمكان تطبيقه حال التعاقد بين الغائبين حيث يتم العقد

بقبول الغائب رغم عدم سماع الموجب إليه .

٢ - ومنهم من استند إلى ضعف الأساس النقلى الذى يستند إليه ، ومن هؤلاء

ابن السكّال باشا صاحب إيضاح الإصلاح الذى ذهب إلى أن هذا الشرط لم يذكر

فى عامة الكتب المعتبرة وأن بعضها أشار إلى أنه ليس بشرط (ر : ١٥) .

٣ - وأخيراً نجد منهم من استند إلى ضعف التعليقات التى أتى بها الشراح

لدعم شريطة سماع القبول ومن هؤلاء الفقيه عبد القادر الرافعى الذى ذهب فى كتابه

التحرير المختار إلى أن إناطة سماع القابل بتحقيق رضاه غير سديد بدليل تحقق هذا الرضا

رغم عدم سماع الموجب للقابل (ر : ٤٩ ن) .

(مجموعة الهداية)

٧ ن — السكال بن همام (٨٦١ هـ) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ ، س ٦ :
« والانقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً
ويستعقب الأحكام ... وذلك بوقوع الثاني جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام
السابق ، ويسمى كل من الماقدين كلام صاصبه (٤ مكرر) » .

(مج و)

٨ ن — السيوسي (٨٣٢ هـ) ، العناية في شرح الوقاية : « وشرط سماع كل
منهما (أى المتماقين) لفظ الآخر (لأن النكاح عقد يتعلق بالرضا فإذا لم يسممه
لم يتحقق ^(٤) » .

٨ ن / ١ — ابن سنبل (٩٨٣١) ، توفيق العناية ، ق ٥١ ، س ٢٠ « قوله
وشرط ... وسماع أحد الماقدين كلام الآخر شرط للنكاح » .

٩ ن — الشمني (٨٧٢ هـ) ، كمال الدراية ، ج ١ ، ق ١٣٥ ، س ٢٥ :
« (وشرط سماع كل منهما) أى الماقدين (لفظ الآخر) لأن عدم سماع أحدهما لفظ
الآخر بمنزلة غيبته ^(٥) » .

١٠ ن — ابن ملك (٨٨٥ هـ) ، شرح الوقاية ، ق ٧١ ، س ٣٩ : « (وشرط)
لانقاد النكاح (سماع كل منهما) أى من الماقدين (لفظ الآخر) ، لأن العقد ينمقد

٤ — السيوسي هو أول من أسس ضرورة السماع على فكرة التراضي ولقد ردد
هذا التعليل بعده منلاحسرو (ر : ٨ / هـ) ، الحلبي (ر : ٢٦ / هـ) ، عبد الرحم
باشا (ر : ٢٨ / هـ) ، الترتاشي (ر : ٤٥ / هـ) ، الحصكفي (ر : ٤٧ / هـ)
أبو السمود (ر : ٤٨ / هـ) ، المرعشي (ر : ٥٠ / هـ) وسنرى أن هذا التعليل
لم يسلم من النقد (ر : ٥٤ / هـ ، ٦٥ / هـ) .

(٤ مكرر) السكال هو أول من علل ضرورة السماع بتحقيق الارتباط بين الإيجاب
والقبول ولقد ردد هذا التعليل كل من الباقي ، ر : ٢٧ / هـ / وصاحب النهر
ر : ٣٥ / هـ .

(٥) الشمني هو أول من علل ضرورة السماع بشريطة اتحاد المجلس . وقد ردد
هذا التعليل فيما بعد ابن نجيم ر : ٢٢ / هـ ، والهروي ر : ٣٠ / هـ ، والمقدسي ر :
٣٤ / هـ / والسيد الحلبي ، ر : ٤٩ / هـ .

بكلّامهما^(٧) فلا بد من سماعهما .

١١ ن - يعقوب باشا (٨٩١ هـ) حاشية على شرح الوفاية ، ق ٥١ ،
ص ٢٤ : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر بمعنى حقيقة أو حكم^(٧) . كما إذا كتب
رجل ، وأشهد جماعة ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته عندهم . فقبلت . ينعقد
التسليم ، لأن الكتاب كالخطاب وفي المسئلة تفصيل في المحيط والمجمع . »

(٦) ابن ملك هو أول من علل ضرورة السماع بمفهوم الكلام .

(٧) يعقوب باشا هو أول من واجه شريطة السماع حال التعاقد بين غائبين وأطاق
عليه في هذه الحالة تسمية السماع الحكمي على أنه لم يسر مع منطق هذا الإطلاق حتى
غايبته ، فهو لم يتطلب السماع الحكمي في كل من الإيجاب والقبول ، بل تطلبه في
الإيجاب فقط كما يفيد ذلك سياق كلامه . ولقد ردّد شريطة السماع الحكمي - دون
تخصيصه بالإيجاب صراحة - كل من أخى جلبي (ر : ٥ / ١٠ /) ، الواني
(ر : ٥ / ٢٣ /) ، شيخ زادة (ر : ٥ / ٤٣ /) ، ابن عابدين (ر : ٥ / ٥٦ /) ،
محمد عبد الحى (ر : ٥ / ٦٢ /) ، الرافى (ر : ٥ / ٦٤ /) وانظر ماسبق ، ف ١٣٠
ص ١٢٠ - ص ١٢١ . ولقد كان أول من أشار صراحة إلى تخصيص السماع
الحكمي بالإيجاب ، ونبه إلى كون القبول في التعاقد بين الغائبين مستثنى من شريطة
السماع هو الفقيه الشيخ عبد القادر الرافى في كتابه التقرير المختار على رد المحتار
(ر : ٤٩ ن)

بقى أن نقول إن ثمة فريقاً من الفقهاء لم يأخذ ، في مواجهته لشريطة السماع حال
التعاقد بين غائبين ، بفكرة السماع الحكمي ، وإنما وجد في تعذر سماع الموجب للقبول
في هذه الحالة داعية إلى الارتياح في أصالة هذه الشريطة ر : ٥ / ١٨ / ذلك أن الرأى
السائد في الفقه الإسلامى يقر انعقاد العقد بمجرد القبول في التعاقد بين غائبين فكيف
يستساغ بعد هذا أن تنزوع الحلول وأن يكون تمام العقد بين الحاضرين بسماع الموجب
بينما يكون تمام العقد في حالة التعاقد بين الحاضرين بمجرد صدور القبول ؟ !

(مجموعة الدرر)

١٢ ن — منلا خسرو (٨٨٥ هـ) درر الحكام شرح غرر الأحكام ، ج ١ ، ص ٣٤٩ ، س ٥ : « (ويشترط سماع كل من المتعاقدين لفظ الآخر) إذ لولاه لم يتحقق الرضا^(٨) من الطرفين فلا ينمقد النكاح وقد عرفت أنه لا ينمقد بالكتابة من الحاضر فلا بد من سماع المباراة ... »

القرن العاشر

(حج و)

١٣ ن — أخى چلبى (٩٠٥ هـ) ذخيرة العقبى ، ص ٩١ : « قوله (وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر) أى كل من المتعاقدين الزوجين أو نائبهما^(٩) حقيقة أو حكماً^(١٠) كما كتب رجل فى كتاب : « تزوجت فلانة بنت فلان بكذا من الصداق » وأشهد جماعة بما فيه ، وإن لم يعلموا أن فيه قضية التزويج ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة فقرأته . . . ينمقد النكاح عند أبى يوسف خلافاً لها^(١١) . »

(٨) الفقيه منلا خسرو هو ثانى من أسس ضرورة السماع على فكرة الرضا ، ر : هـ / ٤ .

(٩) أخى چلبى هو أول من أدخل النائب فى مفهوم العاقد واكتفى بسماعه ، ولقد ردد هذا الإدخال كل من البرجندى ر : هـ / ١٢ ، ابن الكمال بإشار : هـ / ١٣ ، شيخ زادة ر : هـ / ٤١ . السندى ر : هـ / ٥٩ . وسرى أن تضيق مفهوم العاقد وما يستتبعه من إخراج النائب من شموله قد دعا البعض إلى النيل من شرط السماع ووصمه بدم الإطراد ، ر : هـ / ١٨ .

(١٠) أخى چلبى ثانى القائلين بالسماع الحكيمى حال المتعاقدين غائبين ر : هـ / ٧ .

(١١) يلحظ أنه أشار إلى وقوع خلاف فى المذهب الحنفى حول انعقاد النكاح بين غائبين وقد أشار إلى هذا الخلاف بعمده كل من عبد الحليم ، ر : هـ / ٣٨ ، وشيخ زادة ، ر : هـ / ٤٤ .

١٤ ن — البرجندي (حوالي ٩٣١ هـ) شرح الوقاية ، ق ٢٢٥ ، س ١٤ :
 « (وشرط سماع كل منهما) أى العاقدين (لفظ الآخر) حتى لو لم يسمع أحدهما
 كلام الآخر لا يصح ، وأراد بالعاقد من وقع الإيجاب أو القبول منه ، سواء كان
 زوجاً أو غيره ^(١٢) » .

١٥ ن — ابن السكال باشا (٩٤٠ هـ) ، إيضاح الإصلاح ، ق ٧٧ ، س ٢١
 « (وشرط سماع كل منهما) أى من العاقدين ، سواء كانا زوجين أو غيرهما ^(١٣) (لفظ
 الآخر) ذكر هذا الشرط في الخلاصة ^(١٤) ولم يذكر في عامة الكتب ^(١٥) بل ذكر
 في بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط ^(١٦) »

١٦ ن — القهستاني (٩٦٣ هـ) جامع الرموز ، ج ٢ ، ص ٤٤٦ ، س ٦ :
 « (وشرط) لصحة النكاح سماع كل منهما أى المتعاقدين (لفظ الآخر) فلو لم يسمع
 إلا أحدهما ، لم يصح ، كما في سائر العقود ^(١٧) إلا أنه يشكل بنكاح الفضولي .
 وبما إذا ذكر الزوج اسم امرأة غائبة كما سيأتي ^(١٨) »

(١٢) البرجندي ثانی الموسمين لمفهوم العاقد ، ر : ٩ / هـ .

(١٣) ثالث الموسمين لمفهوم العاقد ، ر : ٩ / هـ . (١٤) ر : ان .

(١٥) لعله يقصد بها الهداية ، والكنز ، ومجمع البحرين ، والمختار التي سكنت
 عن ذكر الشرط .

(١٦) لعله يقصد بها كتاب مختارات النوازل الذي ضعف هذا الشرط كما أسلفنا
 ر : ٣ / هـ . يدل على ذلك ما سيأتي حاشية آلهي زادة على جامع الرموز ، ر :
 ٢١ / هـ .

(١٧) يلاحظ تميم شريطة السماع على كل العقود . وقد ردد هذا التميم بعده
 كل من ملا الياس ر : ١٩ / هـ / القزاني ، ر : ٣٢ / هـ / مصطفى بن عمر ، ر : ٣٩ / هـ .

(١٨) القهستاني هو أول من ألقى الشك حول شرط السماع لعدم اطراده (١) من
 حيث عدم إمكان تطبيقه في نكاح الفضولي حيث لا يسع كل من العاقدين سماع الآخر
 وقد ردد هذا الاستشكال بعد القهستاني كل من : القزاني ر : ٢٢ / هـ . والمغربي ،
 ر : ٥٥ / هـ .

١٧ ن - ملا الياس (حوالي ٩٧٠ هـ) شرح الوقاية : « (وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر) حتى لو لم يسمع ، لا يصح الإيجاب والقبول . والظاهر أن هذا الشرط غير مختص بالنكاح ، بل جميع العقود كذلك^(١٩) » .

١٨ ن - آلى زادة (؟) حاشية على جامع الرموز ، ق ١٢٩ ، س ١٦ : « (قوله إلا أنه يشكل الإطلاق بنكاح الفضولي) إشارة إلى ما قاله ابن الكمال ذكر هذا الشرط في الخلاصة ، ولم يذكر في عامة الكتب ، بل في بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط^(٢٠) فنقل عن مختارات النوازل بحث كتابا بخطها ، فقرأته عند الشهود ، وقالت اشهدوا أني زوجت نفسي منه ، يصح^(٢١) » .

(مجموعة الكنز)

١٩ ن - ابن نجيم (٩٧٠ هـ) ، البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ٨٩ ، س ٣٣ : « ومنها سماع كل منهما كلام صاحبه ، لأن عدم سماع أحدهما كلام صاحبه ، بمنزلة غيبته ، كما في الوقاية^(٢٢) . »

(مج د)

٢٠ ن - الوان (١٠٠٠ هـ) ، نقد الدرر ، ق ٩٢ ، س ١١ : « قوله وشرط

(ب) من حيث عدم إمكان تطبيقه حال التماقد بين الغائبين حيث يبلغ الموجب قبول الزوجة القابلة ، ولا يسمعه مباشرة ، ر : هـ / ٣٣ / .

(١٩) ثانی المممين لشرط السماع ، ر : هـ / ١٧ / .

(٢٠) ر ١٥٠ ان .

(٢١) استخلص عدم اشتراط بقية الكتب للسماع من إقرارها لانعقاد العقد بين غائبين بمجرد القبول .

(٢٢) يلحظ أن صاحب البحر عزى التعليل إلى الوقاية ، والواقع أن صاحب هذا

التعليل هو الشمني ، ر : هـ / ٥ / .

سماع كل منها لفظ الآخر (حقيقة أو حكماً^(٢٣)) كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، قرأته عندهم ، فقبلت ، ينمقد الفكاح ، لأن الكتاب كالخطاب عند الغيبة »

٢١/١ — الخادى (؟) حاشية ، ص ١٧٣ ، س ٨ : « قوله (وشرط سماع كل من منها) وأما الفهم^(٢٤) فقد عرفت الاختلاف فيه »

٢١ ن — المرجع السابق ، ص ١٦١ ، س ٣١ : « (قوله وصاحب الوقاية والكنز) حاصل مذهبه كون تمام العقد بها ، وحاصل مذهب صاحب الهداية كون تمام العقد بالمجيب فقط^(٢٥) . »

(مجموعة ملتنقى الأبحر)

٢٢ ن — إبراهيم الحلبي (٩٥٦ هـ) ، ملتنقى الأبحر ، ص ٩٠ ، ١٦ : « (وشرط سماع كل من الماقدين لفظ الآخر) إذ لو لاه لم يتحقق الرضا من الطرفين فلا ينمقد الكاح ، وقد عرفت أنه لا ينمقد بالكتابة من الحاضر ، فلا بد من سماع العبارة ، درر^(٢٦) »

(٢٣) ثالث القائلين بالسماع الحكى ، ر . ٥ / ٧ .

(٢٤) الخادى أول من يشير إلى الاختلاف في شريطة الفهم — ولقد سبق أن رأينا أن شريطة الفهم غير مختلف عليها في البيع (ر : ٧ ب) . وقد أشار التمرناشى بعده إلى هذا الخلاف ، ر : ٥ / ٤٦ . ولم يعقد قدرى (باشا) بهذه الشريطة (ر : ٥ / ٦٦) بينا أخذ بها قانون الأحوال الشخصية السوري (ر : ٥ / ٦٧) .

(٢٥) لعله يريد أن يقول أن صاحبي الوقاية والكنز يقولان بنظرية العلم التي تجعل تمام العقد بسماع الموجب ، وأن صاحب الهداية يقول بنظرية الاعلان التي تجعل تمام العقد بقبول القابل ، غير أنى لم أجد لصاحب الكنز ما يشير إلى رأى المشار إليه .

(٢٦) الحلبي ثالث المللين بالرضا ، ر : ٥ / ٤ .

٢٣ ن — الباقي (٩٩٠ هـ) ، جرى الأنهر ، ق ١١٥ ، س ٤٥ : « سماع كل من الماقدين كلام الآخر شرط أيضاً إذ لا ارتباط بغير سماع »^(٢٧)

٢٤ ن — عبدالرحيم باشا (١١٠٠ هـ) ، شرح ملتقى الأبحر ، ق ٥٨ ، س ٢٥ : « (و شرط) أى شرط النكاح (سماع كل من الماقدين لفظ الآخر) ، لأن النكاح عقد يتعلق بالرضا ، فإذا لم يسمعه ، لم يتحقق »^(٢٨)

القرن الحادى عشر

(م ج ف)

٢٥ ن — بعض علماء الهند (١٠٧٠ هـ) ، الفتاوى الهندية ، ج ١ ، ص ٢٦٧ س ١٨ : « ومنها سماع كل من الماقدين كلام صاحبه هكذا فى فتاوى قاضيجان »^(٢٩)

(م ج و)

٢٦ ن — الهروى (١٠١٤ هـ) ، فتح باب الغاية ، ج ١ ، ص ٤٥٥ ، س ٢٢ : « (و شرط سماع كل منهما) أى من الماقدين (لفظ الآخر) ، لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر بمنزلة غيبته »^(٣٠)

٢٧ ن — ؟ (١٠٩٤ هـ ؟) مفاتيح القيود : « (و شرط سماع كل واحد ..) لأنهما إذا لم يسمعا كلام الآخر ، لم يحصل الإيجاب والقبول بالنسبة إليهما ، وإن وجدا صورة ، لأن الإيجاب والقبول يحصلان بينهما بالتخاطب ، فإذا لم يحصل السماع لم يوجد التخاطب »^(٣١)

٢٨ ن — القزائى (؟) غواص البحرين ، حاشية على جامع الرموز ، ج ٢ ، ص ٤٤٦ ، س ٦ : « (و شرط) لصحة النكاح (سماع كل منهما) أى المتماقدين

(٢٧) الباقي ثانى المملين بالارتباط ، ر : هـ / ٤ مكرر .

(٢٨) رابع المملين بالرضا ، ر : هـ / ٤ .

(٢٩) ر : ٢ ن .

(٣٠) ثالث المملين باتحاد المجلس ، ر : هـ / ٥ .

(٣١) أول المملين بالتخاطب .

(لفظ الآخر) فلو لم يسمع إلا أحدهما لم يصح كما في سائر المقود^(٣٢) إلا أنه يشكل الإطلاق بنكاح الفضولى — فإن الأصيل لا يسمعه وإنما يسمع حكاية — وبما إذا ذكر — بصيغة المجهول — الزوج — منصوب مفعول بنزع الخافض أى له والقائم مقامه الفاعل — اسم امرأة غائبة — معنى لو كانت غائبة عن المجلس يحكون عنها بأن امرأة اسمها فلانة قبلت ، وإنما يسمع الزوج اسمها لا لفظها — كما سيجيء — بقوله لكن لو غائب جاز بذكر الاسم^(٣٣) »

(م ج ك)

٢٩ ن — المقدسى (١٠٠٤ هـ) ، أوضح رمز على نظم السكندر ، ج ٢ ، ق ٣ ، س ٢٦ : « ولا بد من سماع كل كلام الآخر لأنه لو لم يسمع كالغائب^(٣٤) »

٣٠ ن — سراج الدين بن نجيم (١٠٠٥ هـ) ، النهر الفائق ، ج ٢ ، ق ٣ ، س ٢٣ : « والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً مستعقبا الأحكام ، وذلك بوقوع الثانى جواباً محققاً لفرض الكلام السابق وبسمع كل واحد من العاقلين كلام صاحبه كذا فى الفتح^(٣٥) »

٣١ ن — الحموى (١٠٩٨ هـ) ، كشف الرمز عن خبايا السكندر ، ج ٢ ، ق ٤ ، س ٤٩ ، « وسماع كل منهما كلام صاحبه » .

٣١ ن / ١ — المرجع السابق ، نقلا عن فتح الله المعين ، ج ٢ ، ص ٦ س ٢٦ : « ويشترط سماع كل من العاقلين لفظ الآخر ، إذ لولاه لم يتحقق الرضا بين الطرفين فلا ينعقد النكاح . درر^(٣٦) فيه بحث ، وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن نكاح المكروه غير صحيح ، وهو فى طرف المنع ، إذ النكاح من الأشياء التى يؤثر فيها

(٣٢) ثالث المممين لشرط السماع ، ر : ٥ / ١٧ .

(٣٣) ثانى القائلين بعدم اطراد شرط السماع فى حالتى عقد الفضولى والتعاقد بين

الفائزين .

(٣٤) رابع المملىين باتحاد المجلس ، ر : ٥ / ٥ .

(٣٥) ثالث المملىين بالارتباط ، ر : ٥ / ٤ مكرر .

(٣٦) ر : ١٢ ن .

الإكراه، كالطلاق والعتاق واليمين . قال في التنوير وغيره ، وصح نكاحه ، يعني المكره وطلاقه وعتقه ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى إن لم يطاء . فالصواب أن يسقط لفظ الرضا من البين ويقال في التعليل إذ لو لا السماع لم ينعقد النكاح ، ووجهه أن السماع شرط في الإيجاب والقبول ، كما صرح به في المعتبرات ، وإذا فقد الشرط فقد المشروط ومعلوم أن النكاح لا ينعقد بدونهما ، لأنهما ركنان له ، حموي (٣٧) .

(م ج د)

٣٢ ن - عبد الحليم (١٠٦٠ هـ) ، كشف رموز غرر الأحكام ، ج ٢ ، ص ٢١٠ ، س ١٨ : « (وقد عرفت أنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضر) قد أفاد أنه ينعقد بها في الغيبة بأن كتب وأشهد رجل جماعة فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، قرأته عندهم فقبلت بلفظ من ألفاظ النكاح ينعقد عند أبي يوسف خلافاً لها (٣٨) ، لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر »

(م ج م)

٣٣ ن - مصطفى بن عمر (١٠٦٦ ؟) المتقى شرح الملتقى ، ق ٧٢ ، س ١١ : « (وشرط) لصحة العقد المذكور (سماع كل من العاقلين لفظ الآخر) فلو لم يسمع إلا أحدهما لم يصح كما في سائر العقود (٣٩) إلا أنه يشكل الاطلاق بنكاح الفضولي ، وبما إذا ذكر الزوج اسم امرأة غائبة كما سيجيء ذكره القهستاني (٤٠) »

٣٤ ن - شيخ زادة (١٠٧٨ هـ) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، ج ١ ،

(٣٧) أول المعارضين على التعليل بالرضا والقائل الأول لمعيار الشرعي راجع ما سبق ف ١٨٧ ، ص ١٧٩ وقد ردد الاعتراض على التعليل بالرضا كل من الحلبي ، ر : هـ / ٥١ ، والطحطاوي ر : هـ / ٥٣ ، والرحمتي ، ر : هـ / ٥٤ ، وابن عابدين ، ر : هـ / ٥٧ والسندي ر : هـ / ٦٠ والرافعي ، ر : هـ / ٦٥ .

(٣٨) ثاني المشيرين إلى الخلاف في الفقه الحنفي حول انعقاد النكاح بالكتابة بين غائبين .

(٣٩) رابع المعتمدين لشرط السماع ، ر : هـ / ١٧ .

(٤٠) ثالث القائلين بعدم اطراد شرط السماع ر : هـ / ١٨ .

ص ٣٢٠، س ٧ : « (وشرط) لصحة النكاح (سماع كل من العاقدین) سواء كانا زوجین أو غیرهما^(٤١) لكن يشكل الإطلاق بنكاح الفضولی، وبما إذا ذكر اسم امرأة غائبة، كما فی القهستانی ولكن فيه ما فيه تدبر^(٤٢) (لفظ الآخر) حقيقة أو حكماً^(٤٣) كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة، فأوصلوا الكتاب إلى امرأة فقرأته عندهم قبلت عندهم ذلك التزويج؛ ينمقد النكاح عند أبي يوسف؛ لأن الكتاب كالخطاب خلافاً لها^(٤٤) »

(بمجموعة تنوير الأبصار)

٣٥ ن — التمرناشي (١٠٠٤ هـ) تنوير الأبصار، ج ٢، ص ٢٧٨، س ٤ : « وشرط سماع كل من العاقدین لفظ الآخر » .

٣٦ ن — الفقيه السابق، منح الغفار شرح تنوير الأبصار، ج ١، ق ١٤٢، س ٤ : « (وشرط سماع كل من المتعاقدين لفظ الآخر) إذ لولاه لم يتحقق الرضا من الطرفين، فلا ينمقد النكاح^(٤٥) وقد عرفت أنه لا ينمقد بالكتابة من الحاضر فلا بد من سماع العبارة . وأما الفهم فقال في التجنيس ولو عقدا عقد النكاح بلفظ لا يفهمان كونه نكاحاً، هل ينمقد؟ اختلف المشايخ فيه^(٤٦) قال بعضهم ينمقد، لأن النكاح لا يشترط فيه القصد، انتهى . يعني أنه يصح مع الهزل . وظاهره ترجيحه » .

٣٧ ن — الحصكفي (١٠٨٨ هـ)، الدر المختار على تنوير الأبصار، ج ٢، ص ٢٧٨، س ٤ : « (وشرط سماع كل من العاقدین لفظ الآخر) ليتحقق رضاها^(٤٧) » .

(٤١) رابع الموسمين لمفهوم العاقد ر : هـ / ٩ / .

(٤٢) خامس القائلين بعدم اطراد شرط السماع ر : هـ / ١٨ / .

(٤٣) رابع القائلين بالسماع الحكمي ر : هـ / ٧ / .

(٤٤) ثالث المشيرين إلى الخلاف في الفقه الحنفي حول انعقاد النكاح بين غائبين

ر : هـ / ١١ / .

(٤٥) خامس المعلنين بالرضا ر : هـ / ٤ / .

(٤٦) ثاني المشيرين إلى عدم اشتراط الفهم ر : هـ / ٢٤ / .

(٤٧) سادس المعلنين بالرضا ر : هـ / ٤ / .

القرن الثاني عشر

(ح ك)

٣٨ ن - أبو السعود (١١٦٠ هـ) أنظر ما سبق فتح الله المين ٣٠ ن / ١ :
« وأقول في قوله (السيد الحموي) وفيه بحث إلى قوله وهو في طرف المنع نظر ظاهر ،
إذ غاية ما يستفاد من عبارة الدرر عدم انعقاده عند عدم الرضا منهما معاً ، وهو مسلم ،
وليس فيه ما ينافي صحة انعقاده إذا وجد الرضا من جانب وإن كان مكرهاً ، حتى
يستقيم الرد عليه بعبارة التنوير .

والحاصل أن الرضا من جانبها شرط لا من جانبها . استفيد هذا من مجموع عبارة
القهستاني والتنوير . أما استفادة اشتراط رضاها فن كلام القهستاني حيث صرح
بفساده إذا كان الإكراه من جهتها ، ذكر ذلك في فصل المهر . وأما عدم اشتراط
رضاه هو فلما سبق عن التنوير من قوله وصح نكاحه يعني المسكره ومن هنا يعلم
سقوط ما ذكره من التصويب (٤٨) » .

(ح م)

٣٩ ن - السيد الحلبي (١١٠٤ هـ) ، شرح ملتقى الأبحر ، ق ٩٧ ، س ٥٢ :
« (وشرط سماع كل من العاقلين لفظ الآخر) لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر
بمنزلة غيبته (٤٩) » .

٤٠ ن - المرعشي (١٢٠٠ هـ) ، المعادل ، ق ٨٥ ، س ٤٨ : « (وشرط سماع
كل من العاقلين لفظ الآخر) لأن النكاح عقد يتعلق بالرضا ، فإذا لم يسمعه ،
لم يتحقق (٥٠) » .

(٤٨) سابع المملين بالرضا ر : هـ / ٤ / .

(٤٩) خامس المملين باتحاد المجلس ر : هـ / ٥ / .

(٥٠) ثامن المملين بالرضا ر : هـ / ٤ / .

(م ج ت)

٤٩ ن - إبراهيم الحلبي (١١٩٠ هـ) تحفة الأخيار على الدر المختار ، ق ٢١٥ ،
ص ٤٤ : « (قوله ليتحقق رضاها) فيه ^(٥١) أن النكاح يصح مع الهزل ،
ولا رضى مع الهزل ، تأمل ! »

القرن الثالث عشر

(م ج و)

٤٢ ن - أبو المكارم (١٢٩٦ هـ) شرح مختصر الوقاية ، ج ٢ ، ص ٤ ،
ص ٤ : « (و شرط النكاح سماع كل منهما) أى الزوج والزوج ^(٥٢) (لفظ الآخر) » .

(م ج ت)

٤٣ ن - الطحطاوى (١٢٣١ هـ) ، حاشية على الدر المختار ، ج ٢ ، ص ١٠ ،
ص ١٨ : « (و شرط سماع كل من المأقدين لفظ الآخر) ليتحقق رضاها (قوله
ليتحقق رضاها) فيه ^(٥٣) أن النكاح يصح مع الهزل . فى أبى السعود الرضا من جانبها
شرط لا من جانبها لما صرح به فى القهستانى فى فصل المهر من فساد النكاح إذا كان
الإكراه من جهتها . وأما عدم اشتراط رضاها فلما فى القنوير من قوله وصح نكاحه
بمعنى المكره اه ملخصاً . فإن قلت : يجب أن الراد بالرضا هو الاختيار ، وعدم
الإكراه وإن لم يكن هناك قصد . أجيب . بأنه إنما يظهر فى حقها ، أما فى حقه فيصح
مع الإكراه كما علمت . »

٤٤ ن - الرمضى (؟) ، حاشية على الدر المختار ، نقلا عن رد المحتار ، ج ٢ ،
ص ٢٧٨ : « (قوله ليتحقق رضاها) أى ليصدر ما من شأنه أن يدل على الرضا إذا

(٥١) ثانى المترضين على التمليل بالرضا ر : هـ / ٣٧ .

(٥٢) يلحظ تضيق مفهوم المأقود ، قارن : هـ / ٩ .

(٥٣) ثالث المترضين على التمليل بالرضا ر : هـ / ٣٧ .

حقيقة الرضا غير مشروطة في النكاح لصحته مع الإكراه والهزل^(٥٤) .

٤٥ ن — المغربي (١٢٣٨ هـ ؟) ، تعاليق الأنوار على الدر المختار ، ج ١ ، ق ١٢٤ ، س ٢٠ : « (وشرط سماع كل من العاقلين الخ) فلولم يسمع إلا أحدهما لم يصح ، إلا أنه يشكل بنكاح الفضولي ، وبما إذا ذكر الزوج اسم امرأة غائبة كما سيجيء ذكره القهستاني^(٥٥) »

٤٦ ن — ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) ، رد المختار ، ج ٢ ، ص ٢٧٨ ، س ٣٢ : « (قوله سماع كل) أى ولو حكماً^(٥٦) كالكتاب إلى غائبة لأن قراءته قائمة مقام الخطاب كما مر . (قوله ليتحقق رضاها) أى يصدر مامن شأنه أن يدل على الرضا ، إذ حقيقة الرضا غير مشروطة في النكاح لصحته مع الإكراه والهزل ، رحمتي^(٥٧) وذكر السيد أبو السمود أن الرضا شرط من جانبها لا من جانب الرجل . . . وأقول فيه نظر^(٥٨) » .

٤٧ ن — السندی (١٢٥٧ هـ) : طوالع الأنوار ، ج ٥ ، ق ٣٠ ، س ٣ : « (وشرط) في صحة النكاح (سماع كل من العاقلين) سواء كانا زوجين أو غيرهما ، قدشمل الوكيلين والفضولي من جانب والأصيل من جانب آخر ، والفضوليين من الجانبين^(٥٩) (لفظ الآخر) ليتحقق رضاها أى يصدر ما من شأنه أن يدل على الرضا ، إذ حقيقة الرضا غير مشروطة في النكاح ، لصحته مع الإكراه

(٥٤) أول القائلين بالرضا الحكمي ، ورابع المعترضين على التعليل بالرضا الحقيقي ر : هـ / ٣٧ ، وقد ردد التعليل بالرضا الحكمي بعده كل من ابن عابدين ر : هـ / ٥٧ والسندی ر : هـ / ٦٠ .

(٥٥) سادس القائلين بعدم اطراد شرط السماع ، ر : هـ / ١٨ .

(٥٦) خامس القائلين بالسماع الحكمي ، ر : هـ / ٧ .

(٥٧) خامس المعترضين على التعليل بالرضا الحقيقي ر : هـ / ٣٧ . وثاني القائلين بالرضا الحكمي ، ر : هـ / ٥٤ .

(٥٨) ر : ٣٨ ن .

(٥٩) خامس الواسعين لمفهوم العاقد ر : هـ / ٩ .

والهزل^(٦٠) وقال أبو السمود الرضا من جانبها شرط لا من جانبه ... ومال الشامي^(٦١) إلى صحة النكاح فيما لو كانت مكرهة أيضاً، لإطلاق قولهم أن نكاح المكره صحيح كطلاقه وعقاقه، قال ولفظ المكره شامل للرجل والمرأة ومن ادعى التخصيص فعليه إثباته بالنقل الصريح .

القرن الرابع عشر

(مح و)

٤٨ ن - محمد عبد الحى (١٣٠٤ هـ) عمدة الرعاية على الوقاية ، ج ٢ ، ص ٩
س ٢ : « (و شرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر) قوله سماع أى ولو حكماً^(٦٢) إلى غائبة ، لأن قراءته قائمة مقام الخطاب قوله إنما اشترط سماع لفظ الآخر ليتحقق الرضا كالكتاب فيربط القبول بالإيجاب^(٦٣) » .

(مح ت)

٤٩ ن - الرافعى (١٣٢٣ هـ) ، التحرير المختار لرد المحتار ، ج ١ ، ص ١٨٠ -
١٨١ ، س ٣١ : « (قوله لأن قراءته قائمة مقام الخطاب) الظاهر أن مسألة الكتاب مستثناة من اشتراط سماع كل من العاقلين لفظ الآخر ، لأن القراءة وإن أقيمت مقام الخطاب لم يوجد من الكتاب سماع القبول من الآخر ، لا حقيقة ولا حكماً^(٦٤) وإن وجد من المكتوب إليه السماع حكماً بالقراءة ... (ص ١٨١) قول الشارح (ليتحقق رضاهما) هذه العلة قاصرة ، فإنه إذا أوجب الرجل مسمماً لها ، وقبلت

(٦٠) سادس المتعرضين على التعليل بالرضا الحقيقى ر : ٥ / ٣٧ ، وثالث القائلين بالتعليل بالرضا الحكيمى ر : ٥ / ٥٤ .

(٦١) يقصد بالشامى : ابن عابدين .

(٦٢) سادس القائلين بالسماع الحكيمى ر : ٥ / ٧ .

(٦٣) ثامن المملين بالرضا ر : ٥ / ٨ .

(٦٤) سابع القائلين بالسماع الحكيمى ر : ٥ / ٧ وهو أول من نبه إلى أن القبول فى التعاقد بين غائبين مستثنى من شريطة السماع .

غير مسممه له قبولها ، فقد صدر منهما ما من شأنه أن يدل على الرضا ، ومع هذا لا ينمقد النكاح ، تأمل (٦٥) »

٥٠ ن - الهاشمي (١٣٤٣ هـ) حميد الآثار في نظم تنوير الأبصار ، ص ١٨ ،

س ٩ :

وبالنكاح أو بتزويج عقد وما لملك المين في المال عهد
وفي عرف كلام فانظرا ويشترط استماع كل آخرا

(مج ف)

٥١ ن - محمد قدرى باشا (١٩٠٦ ؟) الأحكام الشرعية ، م ٦ : « يشترط لعقد

النكاح . . . سماع كل منهما كلام الآخر وأن يفهما معناه (٦٦) » .

٥٢ ن - قانون الأحوال الشخصية السوري (١٢٧٤ هـ ١٩٥٣ م) م ١١ :

« يشترط أن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر ، وفهما أن المقصود به الزواج (٦٧) » .

(٦٥) سابع المتراضين على التمليل بالرضا الحقيقي ر : هـ / ٣٧ / وأول المتراضين

على التمليل بالرضا الحكمي ، ولكنه يظل معترفاً بالشرط رغم انتهائه إلى وهاء
الأساس الذي يستند إليه .

(٦٦) لاحظ أن قدرى (باشا) أخذ بالرأى القائل بعدم اشتراط الفهم ،

ر : هـ / ٢٤ / .

(٦٧) اعتمد قانون الأحوال الشخصية السوري بفهم المتعاقدين ، ر : هـ / ٢٤ / .

شرط السماع في الإيجاب والقبول في التعاقد بين الحاضرين في عقد النكاح

نتكلم فيما يلي في النواحي الآتية : (١) رائد شرط السماع (٢) تطوره (٣) تعليقه .

(١) رائد هذا الشرط : لسنا نستطيع أن نحدد على الضبط القائل الأول باشتراط السماع في الإيجاب والقبول في عقد النكاح كما تسنى لنا ذلك في عقد البيع . وإنما نستطيع أن نحدد أقدم كتاب نص عليه . إنه كتاب الخلاصة لافتنخار الدين . وقد يكون هذا الأخير هو رائد هذا الشرط وقد يكون غيره . ويدعونا إلى عدم البت في هذا عدم ذكر صاحب الخلاصة لفظ (عندى) عند إirاده هذا الشرط ، ذلك أن لفظ عندى هو لفظ تقليدى ، يستعمله الفقهاء عادة قبل الإدلاء بآرائهم الخاصة .

ويلاحظ أن عمر بن نجيم صاحب النهر قد أورد في كلامه ما يشعر بأنه زعيم بأنه القائل الأول بتوسيع هذا الشرط على النكاح . جاء في كتابه : « ويتخرج على الخلاف كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعناق والاستثناء وتسمية الذبائح وسجود التلاوة والبيع ، وقيل الصحيح في البيع أنه لا بد أن يسمع المشتري ، كذا في الفتح .

أقول . ينبغى أن يكون الحكم كذلك في كل ما يتوقف تمامه على القبول ، ولو غير مبادلة ، كالنكاح ، (ر : ٥١ ب) . »

ويبدو خطأ هذا الزعم إذا ما رجعنا إلى العرض التاريخي الذي أدرجناه سابقاً ، إذ يُتقن منه أن صاحب النهر ليس هو الرائد الأول لهذا التوسيع ، بل ثمة ما يقارب الثلاثين فقيهاً نوهوا عن هذا التوسيع قبله ، اعتباراً من كتاب الخلاصة الصادر في القرن السادس ، حتى كتاب أوضح رمز الصادر في مطلع القرن الحادى عشر ١٠٤٨ (ر : ٢٩ ن) .

وإن أول كتاب نجد فيه النص على اشتراط السماع في غير البيع هو كتاب الخلاصة لافتنخار الدين إذ جاء فيه أن اشتراط السماع هو المختار في النكاح والخلع (ر : ١ ن) وإذا ما عرفنا أن صاحب الخلاصة توفي عام ٥٤٢ هـ ، وأن صاحب النهر توفي عام ١٠٠٥ هـ ، أدركنا أن مهد هذا التوسيع لم يكن في مطلع القرن الحادى عشر

بل كان في منتصف القرن السادس ؛ وبين التاريخين ما يقارب الخمسة قرون .
وبلاحظ أن الفقهاء الذين أتوا بعد صاحب النهر قد نقلوا توسيع صاحب النهر
دون مناقشة .

جاء في فتح الله المعين لأبي السعود : « والصحيح أنه لا بد من سماع المشتري كما
في الفتح ، زاد في النهر كل ما يتوقف تمامه على القبول ، وإن لم يكن مبادلة ، كالنكاح .
(ر : ٦٤ ب) » .

وجاء في رد المختار : « قال في النهر : أقول ينبني أن يكون الحكم كذلك في كل
ما يتوقف تمامه على القبول . ولو غير مبادلة كالنكاح (ر : ٧٤ ب وقارن : ٤٦ ن) »
وجاء في طوابع الأنوار : « قال في النهر : أقول ينبني أن يكون الحكم كذلك
في كل ما يتوقف تمامه على القبول ، ولو غير مبادلة ، كالنكاح (ر : ٧٥ ب وقارن
٤٧ ن) » .

وإذا كان كل من صاحب النهر وصاحب فتح الله المعين معذورين في جهلهما لما
أتى به صاحب الخلاصة باعتبارهما يشرحان متن الكنز وهو خلو من هذا الشرط ،
وإذا كانا أيضاً معذورين في جهلهما لما ورد في متن الوقاية وشروحه ، ومتن النقاية
وشروحه ، من نص على اشتراط هذا السماع .

فليس ابن عابدين والسندی بمعذورين في إقرار أسبقية صاحب النهر إلى هذا
التوسيع مادام صاحب متن التنوير الذي يضمن حاشيتهما على شرحه قد تعرض
صراحة إلى اشتراط السماع في كتاب النكاح (ر : ٣٥ ن) ولقد كان حرياً بهما
أن لا يميزا هذه الأسبقية لصاحب النهر (المتوفى سنة ١٠٠٥) بل يمزوانها على الأقل
إلى صاحب التنوير المعاصر له (المتوفى سنة ١٠٠٤) .

هذا ولسنا نعتبر خلو متن الكنز من شرط السماع عذراً كافياً لأبي السعود في
نقله ، وصاحب النهر في ادعائه توسيع شرط السماع ذلك أن ثمة من شراح الكنز
ومن هم سبقوا هذين الفقيهين ، قد تعرضوا لشرط السماع في النكاح ، من هؤلاء صاحب
البحر الرائي (ر : ١٩ ن) والقدس صاحب أوضح رمز على نظم الكنز (ر : ٢٩ ن)
ومنلا خسرو صاحب الدرر (ر : ١٢ ن) الذي نوه أبو السعود في مقدمته أن كتابه
يعتبر شرحاً له استطراداً ، ولانلامسكين استقلالاً (ج ١ ، ص ٢) .

(١) تطور شرط السماع : أمير حول شريطة السماع في النكاح بمد تقريره في بعض الكتب المتبعة شك حول إمكان تعميمه على حالة التعاقد بين غائبين وحالة التعاقد عن طريق الفضالة ، ولقد كان القهستاني أول من أثار هذا الشك في كتابه جامع الرموز جاء فيه : « و (شرط) لصحة النكاح (سماع كل منهما) أى التعاقدين (لفظ الآخر) فلو لم يسمع إلا أحدهما ، لم يصح ، كما في سائر العقود ، إلا أنه يشكل الإطلاق بنكاح الفضولى وبما إذا ذكر للزوج اسم امرأة غائبة (ر : ١٧ ن) » .

ولقد ردد هذا التعارض كل من القزاني ومصطفى بن عمر وشيخ زادة والمغربى . وعمد أخى جابى في كتابة ذخيرة العقبى إلى إزالة الإشكال الثانى عن طريق إدخال النائب والفضولى في مفهوم العاقد (ر : ٩ / ٥) وردد بمد هذا التوسيع لمفهوم العاقد كل من البرجندي ، وابن السكال باشا وشيخ زادة والسندى . أما الإشكال الاول فقد ظل بدون حل ، واعتبر التعاقد بين غائبين مستثنى من شريطة السماع . ولقد كان أول من أشار إلى هذا الاستثناء بوضوح الفقيه الرافعى فقد جاء في تقريره « الظاهر أن مسألة الكتاب مستثناة من اشتراط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر لأن القراءة وإن أقيمت مقام الخطاب ، لم يوجد من الكاتب سماع القبول من الآخر ، لاحقيقة ولا حكا ، وإن وجد من المكتوب إليه السماع حكما بالقراءة (ر : ٤٩ ن) » .

ولقد كان رأى السائد في الفقه الحنفى يتجة إلى عدم اشتراط الفهم إلى جانب السماع بينما رأينا أن الفقهاء في عقد البيع يشترطون السماع إلى جانب الفهم . ولقد كان مقتضى عدم اشتراط الفهم في نظرنا في عقد النكاح أن لا يشترط السماع . لأن الثانى وسيلة للأول ، وما دام الشارع قد زهد بالغاية فأحر به في نظرنا أن يزهد بالوسيلة ويلاحظ ثانياً أن المتون المتأخرة قد عنيت بشرط السماع في النكاح أكثر من عنايتها به في البيع وهذه مفارقة أخرى تسترعى النظر ذلك لأن شريطة السماع في البيع هى أولى بالمعناية من شريطة السماع في النكاح وآية ذلك أن الفقهاء يشترطون في هذا المقد الأخير سماع الشاهدين للإيجاب والقبول ، وهذا السماع في نظرنا يفتى عن شريطة سماع العاقدين لأن ما كان مسموعاً من الشاهدين يكون مسموعاً من العاقدين عادة . ولعل مرد الاحتفال بشرط السماع في النكاح يرجع إلى كون هذه

الشريطة شريطة شكلية^(١) تليق بعقد النكاح الذي هو في دوره عهد شكلي .

تعلييل شرط السماع : (١) التعلييل النقلى : يفيد هذا التعلييل أن شرط سماع العاقلين فى النكاح هو شرط انعقاد . لأن الكتب المعتبرة نصت على اشتراطه . ولقد صرح السيد أحمد الحموى باستناده إلى النقل فى دعمه لهذا الشرط عند رفضه للتعلييل الذى أتى به صاحب الدرر ، والقائل بأن الرضا هو أساس اشتراط السماع . واستند فى رفضه إلى أن النكاح ليس يفتقر إلى الرضا فى صحته ما دام يصح مع الإكراه . جاء فى فتح الله المين : « ويشترط سماع كل من العاقلين لفظ الآخر إذ لولاه لم يتحقق الرضا من الطرفين ، فلا ينعقد النكاح ، درر » .

وفيه بحث . وهو أن ظاهر هذا التعلييل يقتضى أن نكاح المكروه غير صحيح وهو فى طرف المنع ، إذ النكاح من الأشياء التى لا يؤثر فيها الإكراه كالطلاق والعتاق واليمين . قال فى التنوير . وصح نكاحه ، يعنى المكروه ، وطلاقه وعتقه . ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى إن لم يطاء .

فالصواب أن يسقط لفظ الرضا من البين ، ويقال فى التعلييل إذا لولا السماع لم ينعقد النكاح .

ووجهه أن السماع شرط فى الإيجاب والقبول ، كما صرح به فى المعتبرات ، وإذا فقد الشرط فقد المشروط ومعلوم أن النكاح لا ينعقد بدونهما ، لأنهما ركنان له حموى (ر : ٣٠ ن / ١)

الاعتراض على التعلييل النقلى : يرد على التعلييل النقلى أمران : (١) تضعيف المرغينانى لهذا الشرط (٢) عدم وروده فى أكثر الكتب المعتبرة . أما تضعيف المرغينانى — وقد عده ابن السكال باشا من أصحاب الترجيح — فنجد فى كتابه مختارات النوازل وهو يقول : « وقيل لا يصح (النكاح) ما لم يسمع كل واحد من العاقلين كلام صاحبه (ر : ٣ ن) » . وأما سكوت أكثر الكتب المعتمدة عن ذكر هذا الشرط فنجد إشارة إليه

(١) راجع ما سبق ، ف ١٧٣ ، ص ١٦٧ .

في كتاب الاصلاح^(١) لابن السكال باشا .

« ذكر هذا الشرط (شرط السماع) في الخلاصة ، ولم يذكر في عامة الكتب ، بل ذكر في بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط^(٢) (ر : ١٥ ن) »

التعليل الفنى : استند الفقهاء إلى مسوغات متعددة في تعليلهم لشرط السماع نوردها فيما يلي مشيرين إلى الفقهاء الذين ارتضوها حسب ورودهم الزمنى .

(١) الرضا الحقيقى : ذهب السيوسى إلى أن رضا المتعاقدين لا يتحقق إلا بسماعها (ر : ٤/هـ) وقد ردد بدمه هذا التعليل كل من منلا خسرو ، الحلبي ، عبد الرحيم باشا ، التمرتاشى ، الحصكى ، أبو السمود ، المرعشى .

(٢) فكرة الارتباط : ذهب السكال بن همام إلى أن الارتباط بين الإيجاب والقبول يستلزم سماع المتعاقدين (ر : ٤/هـ مكرر) وقد ردد بدمه هذا التعليل كل من الباقرى وصاحب النهر .

(١) وهو كتابان (الاصلاح) وقد أراد به إصلاح ما فى شرح الوفاة لصدر الشريعة من أخطاء و (الايضاح) وقد عمد فيه إلى إيضاح ما فى هذا الاصلاح من إيهام . « قال الجامع : قد طالعت من تصانيفه (ابن السكال) الاصلاح والايضاح فوجدته محققاً مدققاً موافقاً للإيرادات على الوفاة وشرحها لصدر الشريعة أكثرها غير واردة ولم يورث إيرادها عليهما نقصاً فى اشتهاهما والاعتماد عليهما ولم يشتهر تصنيفه كاشتهاهما والحق أن قبول تصنيف فى عين المستفيدين واعتماده فى أبصار الفاضلين ليس مداره على مقدار فضل المؤلفين وإنما هو فضل من رب العالمين ... (ر : فب ، ص ٢٢) » .

(٢) إن هذا التصريح الذى أدلى به ابن السكال هو من الخطورة بكان ، وذلك لأنه صادر لأمن فقيه عادى بل من فقيه محقق ، استطاع بفضل سعة اطلاعه على المصادر الفقهية : أن يضع أولاً السلم الطبقي للفقهاء الذى كان موضع عناية من خلفه والذى لا يجزئ على وضعه إلا من استطاع أن يسبر أعماق المصادر الفقهية لى يتسنى له الحكم على قيمتها وقيمة أصحابها . وهو ثانياً بفضل هذا الاطلاع الواسع استطاع أن يقرر لإصلاح متن الوفاة ، وهو متن كان موضع تقديس وتقليد الشراح الذين سبقوه إلى شرحه ، وأن دعوة عريضة كدعوى إصلاح متن شهير استقرت أركانه تكلف بدون شك صاحبها إلقاء نظرة شاملة على كل المصادر الفقهية . ولقد كان من ثمرات هذه النظرة الشاملة هذه الملاحظة التى أدلى بها ابن السكال ، والتى لم يلتفت إليها بقية الشراح .

ويبدو أن هذه النظرة المتفحصية المتأملية التى القاهها ابن السكال على متن الوفاة لم ترق لبعض فوصمه بأنه « مولع فى الإيرادات » .

ونحن نحمد لابن السكال ملاحظته القيمة فى الموضوع الذى نعالج لأن ما انتهينا إليه فى بحثنا يتفق والشك الذى القاه ابن السكال على هذا الشرط .

(٣) فكرة اتحاد المجلس : ذهب الشُّمْنِيُّ إلى أن حضور العاقدین فی مجلس العقد يقتضى سماعهما (ر : ٥/٥) ، وقد ردد بعده هذا التعلیل کل من ابن نجیم والمروى والقديسى والسيد الحلبي .

(٤) مفهوم الكلام : ذهب ابن ملك إلى أن حد الكلام يستوجب سماع العاقدین . (ر : ٦/٥) .

(٥) فكرة التخاطب : ذهب صاحب مفتاح القيود إلى أن التخاطب بين المتعاقدين يقتضى سماعهما (ر : ٣١/٥) .

(٦) الرضا الحكيمى : ذهب الشيخ الرحمتى إلى أن ضرورة السماع تبني على الرضا الحكيمى (ر : ٥٤/٥) وقد ردد بعده هذا التعلیل کل من ابن عابدين والسندى .

الاعتراض على التعلیل الفنى : استهدف تأسيس شرط السماع فى عقد النكاح على فكرة التراضى لنقد السيد الحموى (ر : ٣٧/٥) وقد ردد الاعتراض بعده كل من الحلبي والطحطاوى والرحمتى وابن عابدين والسندى والرافعى .

ويلاحظ أن السيد الحموى قد استبدل بمقياس الرضا معياراً شرعياً عول فيه على الكتب المعتمدة ، أما الرحمتى وابن عابدين والسندى فقد استبدلوا بمقياس الرضا الحقيقى معياراً موضوعياً يستند إلى فكرة الرضا الحكيمى . أما الشيخ الرافعى فقد رفض التعلیل دون أن يأتى بتعلیل جديد ، جاء فى تقريره .

» (قول الشارح ليتحقق رضاها) هذه العلة قاصرة ، فإنه إذا أوجب الرجل مسمماً لها ، وقبلت غير مسممة له قبولها ، فقد صدر ما من شأنه أن يدل على الرضا ، ومع هذا لا ينمق النكاح ، تأمل ^(١) . «

(١) ويرد على الشيخ عبد القادر الرافعى أنه :

١ — لم يرفض شرط السماع فى القبول بعد ما ثبت لديه ضعف الأساس الذى يرتكز عليه .

٢ — أنه اعتبر الإيجاب فى النكاح تعبيراً متلقى يشترط فيه السماع كما يفيد كلامه الوارد اعلاذ بينا هو يعتبر الإيجاب فى البيع تعبيراً متلقى لا يشترط فيه السماع قارن النص الوارد فى المتن مع النص ذى الرقم ٧٦ ب . ولا داعى فى نظرنا للفرقة بين إيجاب البيع وإيجاب النكاح فكلاهما يجب أن يكون متلقى .

الملحق رقم (٢)

ملحوظاتنا على أبحاث السبب في المؤلفات الحديثة

جاءت كثير من المؤلفات الحديثة في الفقه الاسلامي خالية من الكلام عن نظرية السبب . وسنبدى فيما يلي ملحوظاتنا على المؤلفات التي تكلمت فيها على ضوء ما انتهينا إليه في بحثنا .

أولاً : النظرية العامة للملزمات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته (١٩٣٦) : اقتصر الدكتور شفيق شحاته في رسالته على المذهب الحنفي بوجه خاص ، وعنى بإبراز دور السبب الفنى ، واعتبر مفهوم المعادلة بديلاً عن السبب بالمفهوم التقليدى^(١) أما السبب المصالحى فقد نقي اعتداد الأحناف به .

وما انتهى إليه الدكتور شحاته يتفق وما قرناه سابقاً من أن الأحناف لا يمتدنون بالبائع في الأحوال التي لا يثبت وجوده في صلب التعبير عن الإرادة .

ثانياً : النظرية العامة للمعوجبات والعقود في الشريعة الإسلامية للدكتور صبحي المحمصاني (١٩٤٨) : تعرض المؤلف لبحث السبب في الفقه الاسلامي ، وانتهى منه إلى النتائج الثلاث الآتية :

أولاً : إن الفقهاء المسلمين بحثوا « نظرية السبب » بصورة علمية في علم أصول الفقه^(٢) .

(١) راجع ما سبق ، ف ٥٢١ ، هامش رقم ٢ ص ٤٩٤ — ٤٩٥ .

(٢) ويقول الدكتور صبحي المحمصاني في هذا الصدد (ج ٢ ، ص ٨٩) :

« على أنه إذا قاتم بحث السبب كنظرية عامة في العقود فإنه لم يفهم بحثه بصورة علمية في أصول الفقه ، ولا بحثه بصورة عملية في علم الفروع ، وفي أبواب العقود المختلفة . وليس من العجب أن لا يهتم الفقهاء هذه المسألة المهمة . فإنه إذا كانت نظرية السبب ضرورية ، وإذا كان السبب ركناً حقيقياً للعقد ، فهل يعقل أن لا نجد شيئاً عنه في كتب الفقهاء المسلمين ، وهم كما أثبتنا في مواضع أخرى عديدة لم يتركوا قولاً مفيداً أو غير مفيد إلا وقالوه ، ولا باباً عملياً أو فرضياً إلا وطرقوه ؟ وهل من ينسکر تعمقهم في الأمور وعلو كبرهم في ميدان الفقه ، كل ذلك طبعاً مع اعتبار نسبة الزمان والمكان ، ولكن لا ينبغي أن نبالغ في أهمية ما كتبوه . »

والواقع أنه لا صلة بين نظرية السبب وعلو كعب قائلها في ميدان الفقه . بل إننا لنجد بين خصوم هذه النظرية فقهاء لهم وزنهم في هذا الميدان .

(٤٥ — التعبير عن الإرادة)

ثانياً : إن السبب في الفقه الإسلامى هو الغرض المباشر .

ثالثاً : إن الفقه الإسلامى تغلب عليه النزعة الذاتية .

وهذه النتائج الثلاث في نظرنا محل للنقد .

أما الأمر الأول فغير خاف أن السبب الذى يبحثه الأصوليون هو جد مغاير لمفهوم السبب في الفقه الغربى . فالسبب في عرف الأصوليين له معنيان عام . وهو ما دل الدليل السمعى على كونه مـمـرفاً لحكم شرعى . وخاص : وهو ما يقابل العلة والشرط . وكلا هذين المعنيين مغاير لمعنى السبب في الفقه الغربى .

أما الأمر الثانى : وهو أن السبب في الفقه الإسلامى هو الغرض المباشر المقصود في العقد ، على غرار السبب في المفهوم التقليدى ، فهو زعم لا يؤيده واقع الشريعة . ونقف هنا عند النصوص التى استند إليها المؤلف لتبيين مدى سلامة الأساس الذى بنى عليه رأيه ، يقول الدكتور محمصانى : « ويمكن الاستدلال على ذلك من القواعد الفقهية العامة . فلا مرء أن من مبادئ الشرع الإسلامى : « أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض ^(١) » وأن المقصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة ^(٢) » ، « وللعقد سبب منصوب لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال أنه صح ، وإن تخلف عنه مقصوده يقال أنه بطل ^(٣) » .

فإذن إن لكل عقد غرضاً أو سبباً مقصوداً ، وإن « كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع ^(٤) » : وهذا الغرض أو السبب يختلف باختلاف فئات العقود ، « فعقد الزواج مثلاً سببه التناسل والمساكمة والمودة ^(٥) » . والهبة « سببها إرادة الخير للواهب » والوقف سببه « إرادة محبوب النفس ^(٦) » ، « والمقصود من البيع ونحوه إنما هو

(١) الموافقات ، ج ٢ ، ص ٣٢٧ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٩٦ .

(٣) المستصفى للغزالي ، ج ١ ، ص ٦١ .

(٤) الفروق ، ج ٣ ، ص ١٧١ .

(٥) الفروق ، ج ٣ ، ص ١٧١ .

(٦) الدر المختار ، ج ٤ ، ص ٥٣١ و ج ٣ ، ص ٤٩٥ .

انتفاع كل واحد من المتعاضين بما يصير إليه ، فإذا كان عديم المنفعة أو محرماً لم يحصل منه مقصوده ، فيبطل عقده والمعاوضة عايه^(١) . »

أو بعبارة أخرى ، لقد اعتبر الفقهاء أن السبب في عقود التبرع هو إرادة الخير والتبرع بحد ذاتها ، وإن السبب في عقود المعاوضة هو الغرض من الانتفاع بالمعاوضة التي يقصد إليها كل من المتعاقدين .

وإننا نستخلص من أقوالهم أن تعريف السبب هو الغرض المباشر (!!) المقصود في العقد « وهذا يؤيده ما قدمنا من الشواهد وما سنبين من النتائج . وأن هذا كله يثبت على الجملة بدون تردد ولا مبالغة (!!) أن في الشريعة الإسلامية من الضوابط والأحكام ، ما يصلح أساساً لفظرية السبب .

وإن هذه النظرية أوسع من النظرية السببية الفرنسية القديمة ، لأنها لا تعتبر في العقد السبب فحسب ، بل تعتبر أيضاً الباعث الشخصي ... فلذا قلنا في التعريف الذي استخلصناه ، والذي لم نبتكره (!!) أن السبب هو الغرض المباشر المقصود في العقد^(٢) . »

والواقع أن المؤلف قد بالغ في دعواه ، وكان حرياً به أن يتردد قبل فرضه هذه النظرية على الفقه الإسلامي . وسيتسنى لنا أن نقرر فيما يلي أن التعريف الذي جاء به لمفهوم السبب والذي زعم « أنه لم يبتكره » هو من محض صنع يديه ، وأن الفقه الإسلامي ذا النزعة الموضوعية خال من هذا التعريف الذي ينم عن نزعة ذاتية ، وخال من نظرية السبب بالمعنى الذي ذهب إليه .

١ — يستهل المؤلف استدلاله بنص نقله عن الشاطبي ، يقول فيه : « إن كل فاعل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض » .

والواقع أن لفظ القصد الوارد في هذا النص ، لم يقصد به واضعه البتة السبب القصدي ، كما حاول أن يستخلص منه المؤلف . وإنما أراد منه « قصد التعمد »

(١) الفروق ، ج ٣ ، ص ٢٣٨ .

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، ص ٩٢ .

و « قصد الامتثال » ، وهو « النظر الأول المفضى إلى العلم بوجود الصانع . والعلم بما لا يتم الإيمان إلا به ^(١) » . وواضح أن هذا القصد بعيد كل البعد عن « الفرض المباشر » .

٢ - إن المراد بلفظ « المقصود » الوارد في النص الذى نقله المؤلف عن إعلام الموقعين هو « السبب المصلحى » وهو « الفرض الغير المباشر المقصود في العقد » ، وليس هو « السبب الفنى » أى الفرض المباشر ، كما يذهب إليه المؤلف .

٣ - إن المراد بلفظ « المقصود » الوارد في النصوص المنقولة عن كتاب المستصفي وكتاب الفروق هو مقصود الشارع أى « المقصد الأصيل » الذى سبق أن أشرنا إليه في صياغتنا لنظرية السبب في الفقه الإسلامى لامقصود العاقد أى السبب التقليدى .

ويلاحظ أن أحد نصوص القرافى قد جاء محوراً في كتاب الدكتور المحمصانى جاء فيه « فعقد الزواج سببه التناسل والمكارمة والمودة » وأصل هذا النص « والنكاح سبب شرع للتناسل والمكارمة والمودة » . ولقد كان لهذا التحريف خطره من ناحيتين :

أما الناحية الأولى : فهى الإيهام بأن التناسل هو سبب العقد ، والواقع أن العكس هو الصحيح في مراد القرافى ، كما يدل على ذلك أصل النص ، الذى يشير إلى أن النكاح سبب شرع للتناسل ، وهذا الإيهام يفضى إلى الاعتقاد بأن التناسل هو السبب الفنى لعقد النكاح ، أى غرضه المباشر وفق المفهوم التقليدى . وواضح أن صاحب الفروق لا يقصد ذلك البتة في لفظ « السبب » ، وإنما يقصد به « السبب المنشئ » كما يؤدى إليه هذا الاصطلاح عادة في مفهوم الفقهاء . على أن « التناسل » إذا لم يكن سبباً قصدياً فهو في الواقع سبب بمعنى « المقصد الأصيل » لعقد النكاح ^(٢) .

أما وجه الخطر الثانى في هذا التحريف فيبدو في نقل بعض الباحثين له وتأثرهم من ثم بدعوى المؤلف .

(١) الموافقات ، ج ٢ ، ص ٣٢٦ .

(٢) الموافقات ، ج ١ ، ص ٢٤٤ .

فقد جاء في كتاب مصادر الحق لأستاذنا الدكتور السهوري « على أن هناك نصوصاً في الفقه الإسلامي نلمح فيها الفكرة التي تقوم عليها النظرية التقليدية في السبب في الفقه اللاتيني . . . » ثم استند في تقريره هذا إلى كلام الدكتور الحمصاني بقوله : « جاء في كتاب النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ص ٩٢ : « على أن الفقهاء يستخلصون أحياناً السبب في العقد على أنه شيء موضوعي داخل العقد ، لا يتغير ، أقرب ما يكون إلى السبب في النظرية التقليدية . فعقد الزواج سببه التناسل والسكرامة والمودة . . (١) »

وننتقل الآن إلى نص صاحب الدر المختار الذي جاء فيه « والهبة سببها إرادة الخير للواهب » . استند الدكتور الحمصاني إلى هذا النص في تقريره أن السبب في التبرعات في مفهوم الفقه الإسلامي هو نية التبرع على غرار السبب في التبرعات في المفهوم اللاتيني . والواقع أن هذين المفهومين متغايران . فبينما يهدف التبرع في الفقه الغربي إلى نفع الموهوب له ، يهدف في الفقه الإسلامي إلى نفع الواهب ، جاء في كتاب الالتزامات لبوتييه : « يجب أن يكون لسكل التزام سبب شريف . . وفي عقود التبرع يكون الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يعقده قبله (٢) . »

أما الدليل على أن القصد من التبرعات في الفقه الإسلامي هو نفع المتبرع ، فنجده في أساس حق الرجوع في الهبة بشكل خاص ، جاء في البدائع : « ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المديح والثناء بإظهار الجود والسخاء (٣) . » وجاء أيضاً : « ولأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت بإظهار الجود والسخاء . . لأن الموض المألى قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب . فإن الإنسان قد يهب من الأجنبي إحساناً إليه وإنعاماً عليه ، وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة (٤) » .

ويقول صاحب الدر المختار : « (سبب الهبة إرادة الخير للواهب) يقصد بها دفع

(١) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٥٥ هامش .

(٢) الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٦٠ ص ٤٣٤ .

(٣) البدائع ، ج ٦ ، ص ١١٥ .

(٤) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٢٨ .

شر الموهوب له ، (وقد يراد به الخير للموهوب له) (دنيوى كعوض) يشمل المال ، والمنفعة ، والدعاء ، لما ورد في الحديث « من أسدى إليكم معروفًا فكافئوه » ، فإن لم تقدرُوا ، فادعُوا له » فكان الدعاء -وضاً عن المجز (ومجبة) أى من الموهوب له للواهب لما ورد في الحديث « تهادوا تحابوا » ولأن القلوب جملت على حب من أحسن إليها ، بل الفعل الجميل محب حتى لغير من وصل إليه الجميل عند النفوس الكريمة . (وحسن ثناء) لأن الواهب يوصف بالجود (وأخروى) وهو الثواب إن حسنت النية^(١) . »

على أننا نعتقد أن كلمة سبب الواردة في نص تنوير الأبصار قد جاءت اتفاقاً على لسان صاحبها . ولعله يقصد بها الحكمة من تشريع الهبة ، أى الباعث على تشريعها ولعله لم يدر في خلد صاحب التنوير البتة ما يدور في ذهن السببيين ، في أن السبب في التبرعات ، هونية التبرع ، أى الفرض المباشر الذى يرمى إليه المتبرع من وراء تبرعه^(٢) والدليل على ذلك ، أن صاحب التنوير قد أشار إلى أن سبب الهبة هو إرادة الخير للواهب ، لا للموهوب له ، كما هو مستفاد من النظرية التقليدية كما تقدم .

أما ما ذهب إليه المؤلف من أن نظرية السبب في الفقه الإسلامى هى نظرية معنوية^(٣) . فهو في دوره زعم لا يؤيده واقع الشريعة . ذلك أن هذا الواقع يتضمن تفصيلاً ، فلقد رأينا أن طابع السبب بالمعنى الفنى ، هو أقرب إلى المادية منه إلى الذاتية في الفقه الإسلامى . لأنه يستند إلى التعامل من جهة ، وإلى نظرية المقصد الأصلى من جهة ثانية ، وكلاهما مفهوم موضوعى لا ذاتى . أما طابع السبب بالمعنى المصالحى ، فهو

(١) تسكئة ابن عابدين ، ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٢) جاء في نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للأدب . Bartin ، باريس ١٨٨٧ ص ٣٦٦ : « التزم بأن أدفع لك مائة ، هذا هو الرضا وأريد ألا استلم منك مقابلاً ، هذا هو السبب ؟ وهكذا افتقر لأشهادك على اعترافى بالجميل أو عملى للخير ، هذا هو الباعث . »

(٣) ويقول الدكتور المحمصانى في هذا الصدد (ج ٢ ، ص ٩٣) : « والخلاصة التى نراها هى أن النظرية السببية الإسلامية نظرية معنوية ، مبنية على تحرى الإرادة والفرض والقصد . فلذا نحن بكل احترام لا نوافق كل الموافقة من قال من الأساتذة الأفاضل بأن نظرية السبب الإسلامية « لا يمكن أن تكون إلا نظرية مادية . » وواضح مما أسلفنا خطأ ما ذهب إليه المؤلف . (راجع نظرية العقد للسنهورى ، ف ٥٦٢) .

أقرب إلى الموضوعية منه إلى الذاتية ، ذلك لأن بعض المذاهب تشترط إدراجة في صلب العقد ، وبعضها يشترط اتصال العاقد الآخر به ، وغير خاف أن هذا الاشتراط يمنع السبب المصلحي نوعاً من الموضوعية .

أما الأمر الثالث الذى يذهب فيه المؤلف إلى أنه : « بكل احترام لا يوافق كل الموافقة من قال من الأساتذة الأفاضل بأن « الشريعة الإسلامية نمد من الشرائع التى تتغلب فيها النظرة المادية ^(١) » ^(٢) » فهو يجافى الصواب ولقد كان من أول أهدافنا فى هذه الرسالة الكشف عن النزعة الموضوعية السائدة فى الفقه الإسلامى .

ثالثاً — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ، للدكتور محمد يوسف موسى (١٩٥٢) : يرد على هذا المؤلف ما أوردناه على المؤلف السابق ، فقد سار صاحبه على نفس المنهج واعتمد على نفس النصوص . يقول الدكتور موسى : « على أنه إن فات هؤلاء الفقهاء بحث « السبب » باعتباره نظرية عامة فى الفقه ، لم يفهم بحثه فى علم أصول الفقه ، وكانوا بحاجة لهذا البحث مادام السبب الصحيح يعتبر شرطاً لا بد منه فى العقد والالتزام ، إن لم نقل يعتبر من الأركان ، وبخاصة وهو يعم جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات ، فكل منها لا بد له من سبب شرعى يختلف باختلاف العقود والتصرفات .

ونستطيع من أول الأمر أن نعرف السبب ، فى باب العقود ، بأنه « الغرض المباشر المقصود فى العقد » وذلك أخذاً من كلام الأصوليين ومما يطلقون عليه كلمة سبب ^(٣) » .

ويلاحظ أن المؤلف قد أوجد تعريفاً للسبب عزاه إلى الأصوليين .

هذا وقد رجعنا إلى النصوص التى نقلها المؤلف عن الفقهاء والأصوليين فى الاعتداد بالسبب فلم نجد نصاً واحداً منها عرف السبب بأنه « الغرض المباشر » فمن أين أتى المؤلف بهذا التعريف ؟ لا شك أنه استمدّه من تعريف الفقه الغربى للسبب

(١) السهورى ، المرجع السابق .

(٢) الحمصانى ، المرجع السابق .

(٣) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ، ف ٥٣٢ ، ص ٣٨٨ .

الفنى . وهذا الاستعداد ، فيما ترى ينبو عن نزعة الفقه الإسلامى ولا مجال لفرضه على شريعة تأباه !^(١) .

رابعا : المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية لمؤستاذ مصطفى الزرقاء (١٩٥٢) : تعرض المؤلف لبحث الباعث في العقود في الفقه الإسلامى عند بحثه لمقومات العقد ، وقرر اعتداد الفقه الإسلامى بعدم مشروعية الباعث إذ يقول : « إن لمشروعية الغرض الباعث على التصرف أو عدم مشروعيته اعتباراً مؤثراً في كثير من أحوال العقود وأحكامها في نظر فقهاءنا ، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الحديث في الفقه الحديث^(٢) » .

ونرى أن ماقرره المؤلف يتعارض على إطلاقه مع ما انتهينا إليه من وجود تيارين في الفقه الإسلامى تيار ذاتي يمتد بالباعث يمثل المذهب المالكي والحنبلي وتيسار موضوعي يغفل الاعتداد بالباعث ، يمثل المذهب الحنفي والشافعي .

أما الأمثلة^(٣) التي جاء بها المؤلف لدعم رأيه في أن الأحناف يمتدون بالباعث

(١) ويلاحظ أن المؤلف قد ذهب إلى أن الرومان قد عرفوا نظرية السبب في عقودهم المختلفة (المرجع السابق ، ٥٣١ ، ص ٣٨٧) وفيه نظر ذلك لأن القانون الروماني « لم يعرف في أوائل عهده السبب باعتباره ركناً في إرادة الالتزام ، وذلك لأن العقود كانت في الأصل شكلية ، ولم يكن للارادة أى دخل في تكوينها ، فلم يكن ثمة محل الظهور ففكرة السبب (أنظر نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ١٥٨ ، ص ١٩٩) » .

(٢) المدخل الفقهي العام ، ف ١٤٨ ، هامش رقم ٢ ص ٢١٥ — ٢١٦ .

(٣) جاء في المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) : « نص فقهاء الحنفية على مسائل يتجلى فيها اعتبارهم تأثيراً هاماً لمشروعية الباعث وعدمها في مواطن من أحكام العقود . فمن ذلك ما صرحوا به في الإجارة أن الإنسان لو استأجر عاملاً لهدم بنيانه ، ثم بداله العدول عن الهدم ، فإن له فسخ الإجارة بهذا العذر . أما إذا أراد فسخ الاستئجار لأنه وجد عاملاً أرخص أجراً ، أو أراد أن يهدم البناء بنفسه فلا يعتبر فسخه .

وكذا نصوا في المزارعة — وهي نوع شركة زراعية تكون فيها الأرض من جانب والعمل من آخر — أن من عليه البذر يحق له فسخ المزارعة قبللقاء البذر في الأرض لأن فيها اتلاف ماله ، وهو البذر ، فله الرجوع عنها ... لكن إذا أراد فسخ المزارعة لأنه وجد مزارعاً يرضى بنصيب أقل أو أراد أن يعمل بنفسه ، فلا يحق له الفسخ .

فهذه الفروع الفقهية كما ترى من أوضح الصور على اعتبار الباعث وتأثير مشروعته وعدمها في أحكام العقود بنظر فقهاءنا . »

وهذه الأمثلة كما هو ظاهر لا تتصل بنظرية الباعث الذي يعنى به الاجتهاد القضائي الفرنسي ، =

فهي في رأينا لا تتصل البتة بنظرية الباعث ، وإن كانت ذات صلة بنظرية الظرف الطارىء . وهاتان النظريتان جد متغايرتان . ذلك لأن مسألة الباعث تثور عند تكون العقد ، أما مسألة الظرف الطارىء فهي لا تثور إلا عند تنفيذه . ويترب على هذا الفارق نتيجتان مهمتان :

(١) من حيث الجزاء : إن جزاء الظرف الطارىء ، أو العذر كما يسميه الأحناف ، هو الفسخ أو الانفساخ ، بينما جزاء الباعث غير المشروع هو بطلان العقد .

(٢) من حيث الأساس : إن أساس فسخ العقد للعذر هو إبعاد العاقد عن تحمل ضرر لم يلتزمه بالعقد^(١) بينما أساس بطلان العقد لعدم مشروعية الباعث هو مخالفة العقد للنظام العام الإسلامي .

فأما : نظرية الالتزام العامة شرح القانون المدنى السورى تأليف الأستاذ مصطفى الزرقا (١٩٥٦) . تعرض المؤلف إلى بحث نظرية السبب في الفقه الإسلامى في معرض بحثه عن نظرية السبب في الفقه الغربى ، وقد أعرب المؤلف عن عدائه الشديد لهذه النظرية الأخيرة في عبارات قوية :

قال : « نشأت فكرة السبب تبعاً لمبدأ الرضائية في العقود كنتيجة لهذا المبدأ ، لتكون السببية قيماً للرضائية ... ولكن نظرية السبب جاءت نتيجة مصطنعة متكلفة فهي نتيجة غير طبيعية ولا محكمة الصنع والوضع ... (ص ٢٢٦) » .

وقال : « لقد ظهرت مساوئ نظرية السبب وضيقها وعمقها في التطبيق ، وبدأ يتكون في الفكر القانونى حولها إحساس عميق ، بأنها نظرية خيالية ، استعمرت

ولما تتصل بنظرية الظرف الطارىء ، أو نظرية التعسف في استعمال الحق . إن رب العمل الذى يفسخ عقد العمل لأنه وجد عاملاً أرخص يعتبر متعسفاً في استعمال حقه ، وإن من عليه البذر الذى يفسخ المزارعة لأنه وجد مزارعاً يرضى بنصيب أقل يعتبر متعسفاً في استعمال حقه في الفسخ فيحال بينه وبين ممارسة هذا الحق تبعاً لذلك . أما إذا فسخ العقد لجرد العدول فلا يعتبر متعسفاً لأن الشأن في عقدى الإجارة والمزارعة عدم اللزوم في مثل هذه الظروف .

(١) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٩٧ وراجع مصادر الحق ، ج ٦ ، ص ١٠١ .

الفكر القانوني قرونا بطريق التقليد بقوة الاستمرار ، وأنها نظرية أقرب إلى الأوضاع
الشكلية الجوفاء منها إلى الحقائق الجوهرية (٢٤٥) . »

ويقول في معرض تعليقه على تعديل كاييتان لنظرية السبب : « وهكذا يحاول
السببيون أن يقيموا لنظرية السبب التقليدية دعائم من أوهام ويحملوا منها بطريق
الخيال جملة عصبية للالتزام » وهم يرقعونها على الدوام ، ولكن فساد الأساس يأبى
عليها التماسك (٢٤٩) . »

ويقول أيضا في معرض تقريره لنظرية القضاء وقدحه بنظرية السبب التقليدية
« وهكذا شقت نظرية القضاء طريقاً للخروج بالسبب من نطاق الفكرة السقيمة
المقيمة ، والتي تقوم عليها النظرية التقليدية ، وتحمل من السبب نظاماً آلياً جامداً
في المقود ، فنقلته النظرية القضائية إلى فكرة جوهرية منتجة (ص ٢٥٤) » .

ويقول أيضاً في معرض رده على السببيين الذين يرون أن لنظرية السبب فائدة
عند التكوين : « والواقع أن نظرية السبب التقليدية إن دلت على شيء فإنما تدل
على ضيق في زاوية النظر القانوني لدى مبتدعيها ومتبعيهم ، الذين لم يستطيعوا أن يروا
الطريق الطبيعية القربى للوصول إلى النتائج المقصودة في العقد ، فسلكوا طريقاً بعيداً
وعرة مضللة ، وأضاعوا جهودهم عبثاً في تمبيدها (ص ٢٥٨) » .

ثم ينتقل إلى الرد على حجج السببيين الذين يرون أن لنظرية السبب فائدة عند
التنفيذ فيقول : « على أن السببيين يزعمون لنظريتهم ثمرة قانونية أخرى . . . فيقولون
إن قاعدة الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم للجانبين متفرعة عن نظرية
السبب . لكننا قد أسلفنا أن قاعدة الفسخ هذه يمكن تقريرها دون حاجة إلى نظرية
السبب ، وهي أيضاً غير متفرعة عن نظرية السبب ، لأن قاعدة الفسخ أقدم منها ،
فهي موجودة في القانون الروماني ، وفي بعض اجتهادات الفقه الإسلامي وكلاهما
لم تعرف نظرية السبب الطارئة على القانون ، والتي استعمرت الفكر القانوني في أوروبا
بالغفلة والوهم قرونا عديدة (ص ٢٦٤) . »

ويشير المؤلف في هامش ص ٢٤٩ إلى نفس المعنى السابق فيقول : « يلحظ هنا
أن قاعدة الفسخ عند الامتناع عن التنفيذ مقررة في الفقه القانوني والتقنيات قبل

أن يلجأ الأستاذ كاييتان أخيراً إلى تحويل معنى السبب في العقود الملزمة لجانبين من الالتزام المقابل إلى تنفيذه ، فكيف تكون قاعده الفسخ مبنية على نظرية السبب وهي أقدم من هذه النظرية ؟ » .

ونرى أن هذا التجريح الذى توسع فيه المؤلف فى مهاجمة النظرية التقليدية لم يصعبها بسوء فى إسنادها فائدة للسبب فهى فى رأينا ما تزال منتجة مثمرة وستبين لنا ذلك من تفنيد أدلة المؤلف فى نفيه لهذه الثمرة ووصفه نظرية السبب بالسقم والعقم .

أولاً : لقد نفي المؤلف دعوى السببين بأن نظرية الفسخ لا يمكن تقريرها إلا بالاستناد إلى نظرية السبب بدليلين .

الدليل الأول : أن فكرة الارتباط يمكن أن تحل محل السبب فى هذا التقرير .

الدليل الثانى : أن قاعدة الفسخ هى أسبق من نظرية السبب بدليل أن قاعدة الفسخ « موجودة فى القانون الرومانى وفى بعض اجتهادات الفقه الاسلامى ، وكلاهما لم تعرف فيه نظرية السبب » . والنتيجة اللازمة لذلك أن نظرية السبب ليست أساساً لقاعدة الفسخ ما دامت الأولى لا حقة والثانية سابقة .

وفى الرد على الدليل الأول نقول إن فكرة الارتباط لا تسويع لها إلا بردها لفكرة السبب . فالسبب ولاشئ غيره هو الذى يوجد الترابط بين الالتزامين المتقابلين فى العقود الملزمة لجانبين « فكأن من يقول بالارتباط يأخذ بفكرة السبب دون أن يشعر ^(١) » .

أما الدليل الثانى : فيمكن الإجابة عنه من نواح أربع :

(١) إن ماذهب إليه المؤلف من أن القانون الرومانى قد عرف قاعدة الفسخ هو محل نظر . ذلك لأن قاعدة الفسخ « ليست بالنظرية التى تبده العقل القانونى فيعلم بها بآدىء ذى بدء ، بل هو ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى يأبى التسليم بها . وكان

(١) راجع نظرية الالتزام للدكتور حشمة أبى ستيت ، ف ٢٣٧ ، ص ٢٣٢ .

العقد الملزم للجانبين في هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض ، ولا تقابل بينها . فإذا لم يتم أحد التعاقدين بتنفيذ التزامه لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ^(١) .

(٢) إن ما ذهب إليه المؤلف من أن قاعدة الفسخ معروفة في الفقه الإسلامي هو محل نظر . فلقد قرر الدكتور حسن علي ذنون ، في رسالته النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي ، عدم وجود هذه النظرية ، قال : « إننا نستطيع القول مقدماً ، أن الشريعة — كالقانون المدني الألماني الصادر عام ١٩٠٠ — لا يعترف بالامتناع عن التنفيذ سبباً من أسباب الفسخ وسنوفي هذا الموضوع حقه من البحث عند الكلام على أسباب الفسخ^(٢) . »

ويؤكد المؤلف قوله هذا في مكان آخر من رسالته فيقول : « فالامتناع عن التنفيذ ، أو التأخير فيه ليس سبباً عند علماء الشريعة لجواز فسخ العقد إلا إذا نص عليه صراحة كشرط من شروط التعاقد كما فعلوا في خيار النقد . فالشريعة في هذا تتفق مع القانون الألماني القديم ومع القانون النمساوي ١٨١١^(٣) » .

وقال أيضاً : « ونحن وإن كنا لا نوافق علماء الشريعة في حرمان الدائن من حق طلب فسخ العقد ... إلا أننا نعتزف بأن ما وضعوه من مقدمات يؤدي منطقياً إلى هذه النتيجة »^(٤) .

ويؤكد أستاذنا الدكتور السهوري ما سبق في كتابي الوسيط ، ومصادر الحق جاء في الوسيط : « والفقه الإسلامي لا يعرف الفسخ نظرية عامة وإنما أعطى للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن^(٥) » . وجاء في مصادر الحق : « فالقاعدة إذن أن العقد لا يفسخ إذا أخل الدين بالتزامه ... فالأصل أن العقد الملزم للجانبين — أو عقد المعاوضة — لا يفسخ لإخلال أحد التعاقدين بتنفيذ التزامه ،

(١) راجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السهوري ، ج ١ ، ص ٦٩٤ راجع ما سبق ف ٥١٥ ، هامش ص ٤٨٩ .

(٢) النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي للدكتور حسن علي ذنون ، ص ٣٢ .

(٣) و (٤) المرجع السابق ، ص ١١١ .

(٥) الوسيط ، ج ١ ، ص ٦٩٤ .

بل يبقى العقد قائماً في هذه الحالة ، وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال ... وهذا قريب مما كان عليه القانون الروماني . وجاء أيضاً : « وهكذا لا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي — كما وجدت في الفقه الغربي — تقضى بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد فيتدخل هو أيضاً مما في ذمته من التزام ^(١) » ^(٢) .

ولعله مما يؤيد وجهة نظرنا في علاقة نظرية السبب بقاعدة الفسخ أن القانون الألماني لم يأخذ بالانتقین معاً شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي .

(٣) إن ما ذهب إليه المؤلف من أن القانون الروماني لم يعرف نظرية السبب هو محل بحث ^(٣) . فالواقع أن لنظرية السبب جذوراً في القانون الروماني ، فقد جاء في كتاب الوسيط لأستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهوري في بحثه عن موقف القانون الروماني من نظرية السبب ما يلي : « إن القانون الروماني اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية لا ذاتية ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد لا خارجاً عنه وهو واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . . . وسنرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه (دوما) في صياغته لنظرية السبب ^(٤) » .

(١) مصادر الحق ، ج ٦ ، ص ٤٢٨ .

(٢) على أنه ليس مما يضير الفقه الإسلامي أن لا يكون فيه نظرية عامة للفسخ ، بل قد يكون في فقدان هذه النظرية ما ينسجم مع صناعته الخاصة به ، ولعلنا نجد في تخلف هذه النظرية كما يذهب إليه الدكتور جلال عبده ، الدليل الواضح على قوة العقد الملزمة في الفقه الإسلامي (راجع ماسبق ، ف ٦١٨ ص ٥٩٩) .

(٣) ويؤكد المؤلف عدم وجود أصل لنظرية السبب في القانون الروماني في مكان آخر ، إذ يقول : « ونظرية السبب بمنهاها الاصطلاحي المقصود في الفقه القانوني طارئة على نظرية الالتزام ، وليس لها أصل في القانون الروماني . وإن كان السبب ذكر في القانون الروماني في عهد متأخر فبمعنى السبب المذنب » (نظرية الالتزام العامة ص ٢٢٦) .

(٤) الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٥٣ ، ص ٢٢٤ .

(٤) ليس يفيد تعديل (كابتان) لنظرية السبب أن نظرية الفسخ قبل هذا التعديل لم تكن تستند إلى نظرية السبب . وأنه لما يدعو إلى المزيد من الاستغراب أن يستنتج المؤلف من هذا التعديل ، أن قاعدة الفسخ هي أقدم من نظرية السبب ١٢ . وأخيراً لأن حاول المؤلف ، دون جدوى ، أن ينفي إستناد نظرية الفسخ إلى نظرية السبب ، فهو لم يتابع نفي استناد نظريتي الدفع بعدم التنفيذ وتحمل القبلة إلى نظرية السبب ، ذلك الاستناد الذي اعتبره السببيون بحق ثمرة لهذه النظرية . وإن التوقف عن الاستمرار في نفي هذه الثمار لدليل على وجودها وصدق دعوى القائلين بها . وأن شجرة السبب التي وصفها المؤلف بأنها سقيم عقيم ، لا تخلو من ثمار خصبة يانعة وأنها ليست من النظريات التي « ثبت فسادها ولفظها أوطانها وافت في أكفانها » كما ذهب إليه المؤلف (١) .

ثانياً : لسنا نقر المؤلف على ما ذهب إليه من أن نظرية السبب : « جاءت نتيجة مصطنعة متكلفة لنظرية الرضائية وأنها نتيجة غير طبيعية ولا محكمة الصنع والوضع » (٢) . والواقع أن فكرة السبب هي متلازمة مع الرضا : « فالسبب والإرادة هما معنيان متلازمان » (٣) . وهذه حقيقة يقرها الدكتور السهوري نفسه رغم كونه من خصوم السبب فهو يقول : « كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد ، وضمف حظ الشكل زادت أهمية السبب » (٤) . ويقرها الدكتور عبد الحى حجازى فيقول : « والسبب بهذا الوصف يعتبر ضرورة منطقية ذلك أنه لا يجوز عقلاً أن يلتزم شخص بغير سبب ولم تظهر نظرية السبب إلا حين ظهر مبدأ الرضائية الذي يعتبر الالتزام وليد الإرادة . ذلك لأنه لم يشترط أن يكون للالتزام سبب إلا لأن الالتزام وليد الإرادة ، وإن الإرادة لا تقيد نفسها إلا لسبب تريد تحقيقه » (٥) .

ثالثاً : خلط المؤلف بين فريق الرومانيين وفريق السكسنين في بحثه عن مذهب

(١) نظرية الالتزام للاستاذ مصطفى الزرقا ، ص ٢٦٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٦٤ .

(٣) الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٤٣ ، ص ٤١٥ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، ص ١٣٠ .

الفريق الثانى إذ جاء فيه قوله : « ولإبطال مثل هذه العقود والالتزامات الإرادية المتولدة عنها فسكر علماء القانون الرومانى الدينون من رجال الكنيسة ... بوجوب إلقاء قيد على الإرادة التعاقدية^(١) . والواقع أن هذا الخلط محل نظر ، جاء فى كتاب مصادر الحق للدكتور السهورى : « تداول فكرة السبب فى هذا العهد فريقان من الفقهاء ، فريق الرومانيين ، وفريق الكنسيين ، أما الفريق الأول فقد اقتفوا أثر القانون الرومانى ، وأما فقهاء الكنيسة فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية ، الاعتبارات الدينية الأدبية^(٢) » .

رابعا : ليس صحيحا ما ذهب إليه المؤلف من أن ظهور قاعدة الإرادة الظاهرة كان عاملا فى صياغة (دوما) لنظرية السبب ، إذ يقول : « ويتضح أن نظرية السبب فى مرحلتها الأولى هذه التى أخذ فيها السبب بمعنى الباعث قد كانت ترمى إلى إدخال عنصر أخلاقى فى النظام القانونى وهى تتناسب مع النظر إلى الإرادة الباطنة ... بمد تلك المرحلة ... بدأ يتكون حول نظرية السبب فى الفقه القانونى نظر آخر يرمى إلى بناء فكرة السبب على أساس موضوعى لا شخصى . وساعد على ذلك عودة قاعدة الإرادة الظاهرة إلى الاعتبار والظهور فى ميدان العقد ، حرصا على استقرار التعامل إلى جانب قاعدة الإرادة الباطنة التى تتبناها القوانين ذات الأصل اللاتينى ... وهذه الاعتبارات التى تكونت فى الفقه القانونى حول نظرية السبب بمفهومه الأول ... قام الأستاذ القانونى (دوما) فى القرن السابع عشر بصياغة نظرية السبب صياغة جديدة^(٣) » . وترد هنا ملاحظتان :

الأولى : ليس ثمة علاقة ، بين الأخذ بالإرادة الباطنة واعتبار الباعث ، ذلك لأن المعنى الأول ذو طابع فنى فى العقد ؛ أما المعنى الثانى فهو ذو طابع مصلحى ، وقد يمتد تشريع ما بأحد الطابعين دون الآخر فليس ثمة من تلازم بينهما .
الثانية : إن القول بأن قاعدة الإرادة الظاهرة ساعدت على بناء نظرية السبب على أساس موضوعى غير صحيح وذلك للأسباب التالية :

(١) الزرقاء ، نظرية الالتزام العامة ، ص ٢٣٠ .

(٢) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٩ .

(٣) نظرية الالتزام العامة للأستاذ مصطفى الزرقا ، ف ١٩١ - ١٩٢ ، ص ٢٣٣ - ٢٣٥ .

١ — لأن قاعدة الإرادة الظاهرة ظهرت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر^(١) أي بعد عصر (دوما) — الذي تم على يده صياغة نظرية السبب على أساس موضوعي والذي عاش في القرن السابع عشر — بقرن ونصف .

٢ — لو كانت قاعدة الإرادة الظاهرة تساعد على ظهور نظرية السبب لظهرت هذه النظرية في الفقه الإسلامي الذي يأخذ بالإرادة الظاهرة ، هذا ولما كان المؤلف ينفي وجود نظرية للسبب في الفقه الإسلامي ، يترتب على ذلك أن ينفي التلازم بين الأخذ بالإرادة الظاهرة والقول بنظرية السبب .

٣ — على أننا نرى أن العكس هو الصحيح ، أي أن الأخذ بالإرادة الظاهرة يتلزم لامع الأخذ بنظرية السبب بل مع طرح هذه النظرية بدليل أن « الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة ، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد^(٢) . »

(ملاحظتنا على رأى المؤلف في السبب في القانون المدني السوري)
يرى المؤلف أن المقصود بالسبب في القانون المدني السوري (وأصله المصري) هو الباعث الدافع ، وأنه لا يشترط فيه سوى شريطة واحدة هي المشروعية . ونحن نؤكد هنا ماسبق أن أشرنا إليه من أن نصوص القانون المدني السوري في مادتيه ١٣٧ و ١٣٨ (١٣٦ و ١٣٧ مصري) لا يمكن أن تستجيب إلا للنظرية التقليدية الأمر الذي لا ينفيه المؤلف بل يؤكد في تصريحه بأن هاتين المادتين إنما « تمدان بأيديهما إلى النظرية التقليدية^(٣) » بيد أنه رغم تصريحه هذا وأخذه باعتراف صاحب الوسيط « بان صياغة هذا النص القانوني في بحث السبب معيبة ، وأنها أقرب إلى لنظرية التقليدية^(٤) . » ومع تسليمه « بأنه عند تعارض نص القانون مع المذكرة

(١) الوسيط ج ١ ، ف ٧٩ ، ص ١٨٠ .

(٢) المرجع السابق ، ف ٣٨٥ ، ص ٤٨٥ .

(٣) الزرقاء ، نظرية الالتزام العامة ، ف ٢١٥ ، ٢٦٦ .

(٤) المرجع السابق ، ف ٢١٧ ، ص ٢٦٨ .

الإيضاحية تكون العبرة لنص القانون .^(١) « فهو يحاول أن ينزل نص القانون على ما في المذكرة الإيضاحية ، واعتبار السبب في القانون المدني السوري هو الباعث الدافع ، هذا مع اعترافه أيضاً بأن تنزيله هذا هو في « غاية التكلف والخروج على ظاهر النص »^(٢) .

وإليك ما قاله يشرح فيه طريقة تأويله : « ذلك لأن المذكرة الإيضاحية تكشف عن مراد الشارع وغرضه : فعند إمكان التوفيق بين نصه ومراده يكون هذا التوفيق أولى . ولا سيما إذا كان هذا المراد الذي صرحت به المذكرة الإيضاحية هو الذي تقتضيه المصلحة ، وإليه يتجه التشريع الحديث الذي يجب أن يتقدم إلى الأمام في البناء على الأسس المنطقية السديدة ، لأن يرجع إلى الوراء فيحيي نظريات ثبت فسادها ، ولفظتها أو طائنها ، وافقت في أكفائها .

وكل ما في الأمر — إن أمكن حل النص هنا على ما يوافق مذكرته الإيضاحية — هو أن يعتبر في هذا النص سوء تعبير . وهذا خير وأهون من التمسك بظاهر النص الذي يؤدي بنا إلى التشبث بنظرية صرح الشارع نفسه بأنه نبذها ولم يأخذ بها لفسادها وعدم قائلتها . فسوء التعبير عندنا هو أهون الشرين . وطريقة التأويل فيما نرى هي أن نفسر (السبب) في كل جملة جاء فيها لفظه من المادتين المذكورتين بمعنى : الباعث ، وعندئذ يكون قول القانون في المادة الأولى منهما « إذا لم يكن للالتزام سبب . . . كان العقد باطلاً » معناه إذا لم يكن للالتزام المقدى باعث .

والذي يرد على هذا التأويل أن الباعث لا يتصور انتفاءه مع أن النص يتكلم عن حالة انتفائه ويرتب عليها جزاء البطلان فيفيد إمكان هذا الانتفاء .

والجواب أنه لا مانع من أن تبقى هذه الجملة في القانون نظرية محضة غير قابلة الوقوع ، فتكون نصاً صحيح المعنى لكنه مستغنى عنه لعدم إمكان تحقيق مضمونه وهذا سوء صياغة (١) وسقم عبارة (١) لكنه أهون من حمل النص على النظرية التقليدية . . كل هذا مع تسليمنا بأنه تأويل في غاية التكلف ، ولكن

(١) المرجع السابق ، ف ٢١٨ ، ص ٢٦٩ .

(٢) المرجع السابق ، ٢١٩ ، ص ٣٧١ .

يشفع له أنه يجعلنا نغشى مع مراد الشارع وصراحة مذكرته الإيضاحية ، وفيه يتحقق الاتجاه التقدمي الإصلاحى فى هذه الناحية من القانون^(١) .

ونحن لانقر هذه الطريقة فى التأويل وننقى السقم الذى وصم به المؤلف عبارة القانون ، كما نفينا السقم الذى حاول وصم النظرية التقليدية به كما أننا لانقر إعماله لنصوص المذكرة الإيضاحية وإعماله لوضوح القانون ، للأسباب التالية :

إن الفصيل فى تقدير هذه الطريقة فى التفسير يعود فى الواقع إلى النهج الذى آخذ القانون السورى فى تفسير نصوصه . فما هو هذا النهج ؟ يجب عن ذلك الدكتور عدنان القوتلى فى كتابه « المدخل إلى الحقوق المدنية » فىقول : « كيف نفسر قوانيننا المعيبة ، وهل تتبع المذهب التقليدى وطريقته . . . أم المذهب التاريخى أم العلمى ، أم طريقة جامعة بين هذه المذاهب كلها ؟

نستطيع أن نستخلص بطريق القياس من بعض النصوص فى القانون المدنى ولاسيما من الأعمال التحضيرية ، والمذكرة الإيضاحية لهذا القانون شيئاً من الاتجاهات التى اتجه إليها القانون المدنى الجديد من هذه المذاهب المختلفة ولملأه اختط لنفسه طريقاً وسط خاصاً أقرب إلى المدرسة العلمية منه إلى المذاهب الأخرى عافطاً على إرادة الشارع حين تكون واضحة . ومفضلاً الرجوع إلى مصادر النص والأعمال التى سبقته حين لانكون هذه الإرادة واضحة .

أما من حيث النصوص ، فقد جاء فى المادة ١٥١ من القانون المدنى أنه : « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » وهذا النص الأكثر تفصيلاً من القاعدة الكلية السابقة الذكر^(٢) ، كما يطبق على العقود وتفسيرها ، يطبق على نصوص القانون وتفسيرها ، وقد تضمن بصراحة وجوب العمل بالعبارة الواضحة وعدم جواز الخروج عليها ولو كان ذلك تحت ستار التعرف عن إرادة أصحابها^(٣) . »

(١) المرجع السابق ، ف ٢١٨ — ٢١٩ ص ٢٦٩ — ٢٧١ .

(٢) يقصد بذلك قاعدة العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمعانى التى حلت محلها الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدنى للسورى والتى جاء فيها « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى خواها . »

(٣) المدخل إلى الحقوق المدنية للدكتور عدنان القوتلى ، ص ١٦٥ .

فالحقيقة هي إذن كما يقول الدكتور القوتلي ، أنه عند وضوح العبارة لا مجال للخروج عنها ، ونحن لا نرى في عبارة القانون ما يمسها بالغموض ، فهي جلية ناصعة ، لا ينفى وضوحها ما ذهب إليه المؤلف من أنها سقيمة في عبارتها ، سيئة في صياغتها ، مادام المؤلف نفسه يمتدح بمد قليل بأن تأويله هو في « غاية التكلف » . إذ لو كانت العبارة سقيمة لكان تأويله أدنى إلى غاية السداد لا إلى غاية التكلف !

أضف إلى ذلك أن الذهاب إلى أن هذا التفسير يتمشى مع مراد الشارع وصرامة مذكرته الإيضاحية وتحقيق الاتجاه التقدمي الإصلاحي ، كل ذلك ليس بمسوخ له تأويله فما كانت قواعد التفسير بمستسيغة البتة ترجيح المذكرة الإيضاحية على النصوص وما كان الاتجاه التقدمي في يوم من الأيام بناسخ للنصوص أو يبرهق لها ! وقصة نظرية الظروف الطارئة في القضاء المصري والتقنين المصري القديم على هذا خير دليل ^(١) .

(ملاحظتنا على بحث المؤلف عن السبب في الفقه الإسلامي)

بحث المؤلف عن السبب في الفقه الإسلامي في معرض حديثه عن السبب في الفقه الغربي ، وتناول الأمرين التاليين :

الأول : تحدث عن عدم فائدة النظرية التقليدية في السبب بالمعنى الفني عند التكوين ، وعن معوضات الفقه الإسلامي لفكرة السبب بالمعنى الفني .

(١) راجع نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد للدكتور أحمد حشمة أبي ستيت ، ف ٢٣٤ — ٢٣٩ ، ص ٢٢٨ — ٢٣٧ : حيث يقول : « النتيجة التي ننتهي إليها هي أن نظرية السبب ... باقية كما هي في ظل القانون الجديد بل إن تلك النتيجة — فضلا عن مقتضيات الصياغة — هي أكثر ما تكون اتساقاً مع نصوصه . وإذا كان أستاذنا (السهوري) قد استشعر عدم انصياح تلك النصوص لمسلكه من أخذ السبب بمعنى الباعث الدافع إلى حد أنه سجل على المادة ١٣٦ — مأخذين ، فقد كان الأول ألا يخالف نصا خطته براءته وألا يضرب بمعوله في نظرية غدت مستقرة ثابتة ، وخاصة إذا كانت فكرة السبب التقليدية تمثل ضرورة تقتضيها الصياغة الفنية إذ لا بد من أن تربط الإرادة إلى غرض مباشر يكون جزءا لا يتجزأ من التصرف الإرادي .

وإذا كانت النصوص الصريحة لم تمنع الأستاذ السهوري من أن ينحرف عن مؤداها الواضح فما أيسر علينا إن نحن أغفلنا إغفالا تاما دلالة الأعمال التحضيرية — وهي ليست جزءا من القانون متى كانت تنطوي على رأى غير سليم . »

الثانى : أشار إلى اجتهادات الفقه الإسلامى فى الاعتداد بالسبب المصلحى وقد اقتصر فى كلامه عن الباعث بما يلى : « والفقه الإسلامى تختلف اجتهادات فقهاءه فى مدى اعتبار مشروعية الباعث واشتراط مشروعيته لانعدام المقد . فكثير من الاجتهادات الإسلامية يبطل المقد إذا كان الباعث الدافع للمعاد إلى التماقد غير مشروع ، كما فى النظرية القضائية الحديثة فى القانون الأوروبى تماماً . ومنهم من لا يقيم كبير وزن واعتبار لمشروعية الباعث الشخصى بمد أن يكون محل المقد وموضوعه مشروعين ، إلا فى نطاق ضيق . والمذهب الحنفى من أقل المذاهب الاجتهادية اعتباراً لمشروعية الباعث^(١) »

ويلاحظ أن المذهب الحنفى ليس هو أقل المذاهب الاجتهادية اعتداداً بالباعث ، بل إن المذهب الشافعى ليزه فى هذا المضمار^(٢) .

سادساً : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى

الجزء الرابع ١٩٥٧ .

عنى أستاذنا الدكتور السنهورى فى هذا الجزء من مؤلفه القيم بإبراز دور السبب بالمعنى المصلحى فى الفقه الإسلامى إبرازاً موقفاً ، ولعله أول مؤلف حديث بين أيدينا يحفل بمرض اهتمام الفقهاء بالباعث عرضاً علمياً مقارناً ، بيد أن هذا الاحتفال الكبير بالسبب المصلحى قد قابله إغفال واضح للسبب الفنى فى الفقه الإسلامى ، أو ما يمكن أن يقوم مقامه . ولعل مرد هذا الإغفال ، الرأى الذى يقول به أستاذنا السنهورى فى نبذ فكرة السبب الفنى التقليدي على أية صورة كانت . ولقد ترتب على هذا البحث الوحيد الجانب إبداء الملاحظات الآتية :

(١) إن سكوت الدكتور السنهورى فى المتن عن السبب الفنى فى الفقه الإسلامى — الأمر الذى يفيد ضمناً عدم وجوده فى هذا الفقه — لا يتفق وإشارته فى الحاشية إلا أن ثمة نصوصاً فى الفقه الإسلامى تلمح فيها الفكرة التى تقوم عليها النظرية التقليدية فى السبب فى الفقه اللاتينى^(٣) .

(١) نظرية الالتزام العامة للأستاذ مصطفى الزرقاء ، ف ٢١٤ ، ص ٢٦٤ — ٢٦٥ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٥٥٢ ، ص ٥٢٥ .

(٣) مصادر الحق ، ج ٤ ، حاشية ص ٥٥ سبق أن أشرنا إلى ضعف هذه النصوص التى

استندها أستاذنا السنهورى من مؤلف الدكتور المحمصانى راجع ما سبق ص ٢٠٦ وما ب .

(٢) وهذا السكوت لا يتفق ثانية مع تعرض أستاذنا لفكرة العقد المجرد في الفقه الاسلامي^(١) ذلك أن « الكلام في تصرف مسبب وتصرف مجرد عن السبب يصبح لا معنى له إلا إذا أخذ السبب على معناه التقليدي^(٢) » .

وبلاحظ ثانياً أنه خلط بين السبب المصلحي والسبب الفني من جهة ، وبين المحل والسبب المصلحي من جهة أخرى .

(١) وبلاحظ الأمر الأول في بحث تمييز السبب عن المحل ، فقد جاء فيه قوله : « وأظهر تطبيق على حالة عدم مشروعية السبب هو التعاقد على أن يؤجر شخص على القيام بواجب ، فالقيام بواجب محل مشروع ، والأجرة في ذاتها أمر مشروع ولكن الأجرة على أمر مشروع سببها غير مشروع ، إذ لا أجر على واجب . ونورد بعض النصوص في هذا المعنى : جاء في المدوى : « إن استأجرها وهي زوجته أو ممتدته لترضع ولدها ، لم يجوز ، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة^(٣) » .

وبلاحظ أن أستاذنا قد ضرب هذا المثال الأخير على حالة عدم مشروعية السبب المصلحي . ونحن نرى ، مع أستاذنا الدكتور سليمان مرقس أن هذا المثال هو خير مثال لحالة انعدام السبب بمعناه التقليدي^(٤) .

(٢) وبلاحظ الأمر الثاني في بحث استخلاص السبب من طبيعة المحل ، فقد اعتبرت فيه العقود التي تتناول آلات الملاهي ، والخنزير ، والقردة ، باطلة لعدم مشروعية سببها المصلحي . ونحن نرى أن العقود تبطل في مثل هذه الحالات لعدم مشروعية محلها المصلحي .

سابعاً : « الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو لآداب في القانون

المدني » تأليف الدكتور عبد الله الجليلي ١٩٥٨ .

يرد على هذا المؤلف ما سبق أن أوردناه على مؤلف الدكتور الحمصاني ، ومؤلف

(١) المرجع السابق ، ص ٦٤ .

(٢) نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمة أبو ستيت ، ف ٢٣٨ ، ص ٢٢٤ .

(٣) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٦٢ — ٦٣ .

(٤) راجع نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ص ٢٠٣ . راجع ما سبق ص ٤٨٧ .

حيث أشرنا إلى أن العقد يبطل في هذه الحالة لعدم فائدته .

الدكتور موسى ، ذلك لأن الدكتور الجليلي يسير في ركاب ذينك المؤلفين ويتبع خطواتهما في تركيب نظرية للسبب - على غرار النظرية التقليدية - بquam هيكلها في فروع الفقه الإسلامي .

وسندلي فيما يلي بملاحظاتنا على بحث المؤلف عن السبب في الفقه الغربي ثم ننقل إلى بحثه عن السبب الفقه الإسلامي .

١ - ملاحظاتنا على بحث السبب في الفقه الغربي

١ - استهل المؤلف كلامه عن سبب الالتزام ببيان فائدته بقوله : « إنه مما لاجدال فيه أن نظرية السبب أثبتت وجودها وفائدتها في كافة التصرفات القانونية ولولاها ما أمكن إبطال بعض التصرفات المخالفة للنظام العام أو للأداب . »^(١) والواقع كما رأينا أن فائدة سبب الالتزام ليست هي في إبطال العقود لعدم المشروعية، إن هذه هي فائدة سبب العقد أو السبب المصلحي أو المحل أحياناً باعتباره عنصراً مصلحياً وفتياً بأن واحد وإنما تبدو فائدة سبب الالتزام باعتباره عنصراً انعقاد وعنصر تنفيذ . فمن طريق الاعتبار الأول يتسنى إبطال تصرفات لا يمكن إبطالها عن طريق المحل . وعن طريق الاعتبار الثاني يتسنى تسويق ثلاثة أوضاع قانونية هامة هي : الفسخ ، والدفع بعدم التنفيذ ، وتحمل التبعة^(٢) .

٢ - يعرف السبب بأنه « الغرض المباشر القريب الذي يرمى العاقد الوصول إليه حين التعاقد . »^(٣)

والأدق أن يقال في تعريف السبب التقليدي بأنه الغرض المباشر الذي يرمى العاقد الوصول إليه من وراء التزامه . ووجه الدقة في هذا التعريف الأخير أنه يكشف عن دور السبب الفني كمعصر تكوين ، وعنصر تنفيذ ، الأمر الذي لا يستشف من التعريف الأول إذ أن في تقييده بالزمن الحالي بكلمة « حين » ما يبعث على الظن بأن دور السبب مقصور على التكوين فقط .

(١) الجليلي ، الشرط المستحيل ، ص ٣٤٥ .

(٢) يلحظ أن المؤلف يعترف في مكان آخر بأن السبب الفني لا يمكن أن يوصف بعدم المشروعية ، ر : ص ٣٥١ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٣٤٥ .

٣ — رد على بحث المؤلف للنظرية الحديثة في السبب اعتباره نظرية كاييتان مماثلة لنظرية القضاء إذا لم تكن هي ، إذ يقول : « اختلف الفقهاء في تفسير نظرية القضاء وعلى ذلك فقد وجدت على ما نعتقد نظريتان . نظرية الفقيه الفرنسي كاييتان ، التي تقوم على أساس الغاية المتوخاة ، أو الغرض المقصود من التماقد ، وهي ترى كسابقتها أن السبب هو السبب القانوني الذي أوجده القانون . ونظرية بعض الفقهاء الآخرين الذين يرون أن القضاء يرى أن السبب هو السبب النفسي ، وهو أمر خارجي ، متغير من حالة إلى أخرى ، ومن أنصارها في مصر الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري . وسوف نرى أن النظرية القضائية هي في الواقع نظرية كاييتان وهي على كل حال توافق النصوص القانونية الوضعية . كما توافق أحكام القضاء الفرنسي الثابت . ولئن وجدت بعض الأحكام الشاذة تخالف غالبية الأحكام فهذا أمر شاذ لا يعتمد عليه . ^(١) »

وبلاحظ أن المؤلف في النص السابق يقرر أموراً ثلاثة : (١) فهو يذهب إلى أن ثمة تفسيران لنظرية القضاء . تفسير يذهب إلى أنها تقول بالسبب النفساني ، وتفسير يذهب إلى أنها تقول بالسبب القانوني ؛ أي بنظرية كاييتان ، وهو الأصح في نظره (٢) إن نظرية كاييتان توافق النصوص الوضعية (٣) : إن نظرية كاييتان توافق أحكام القضاء الفرنسي . وندلي فيما يلي بملحوظاتنا حول مسلمات المؤلف الثلاث :

أما عن الأمر الأول فنحن نرى أن ثمة ثلاث نظريات في تفسير نظرية القضاء الفرنسي لا اثنتان كما ذهب إليه المؤلف .

١ — الأولى : ترى أن نظرية القضاء هي تطبيق لنظرية كاييتان وهي نظرية المؤلف .

٢ — والثانية : تذهب إلى أن القضاء في نظريته الجديدة قد تخلى عن نظرية كاييتان ، وهذا هو رأي أستاذنا السنهوري .

٣ — والثالثة : غفل عن ذكرها المؤلف ، وهي التي يقول بها جمع كبير من الفقهاء

(١) المرجع السابق ، ص ٣٥٣ .

وتذهب إلى أن نظرية القضاء اعتصمت بالنظرية التقليدية بعد تلقيحها بنظرية
الباعث الدافع^(١)

ونحن في دورنا ننضم إلى هذا الفريق الأخير ، ونرى أن ثمة اختلافا بين نظرية
القضاء ، ونظرية كابتان من حيث مدى اعتدادهما بالباعث الدافع ، فبينما يتوسع
القضاء في الاعتداد به ، يذهب كابتان إلى تضييقه وحصره في أحوال ثلاث هي :
(٣) حالة التبرع المقرون بشرط دافع إلى التبرع .

ب - حالة الوصية . ج - حالة اتفاق المتعاقدين على الباعث غير المشروع ، ذلك
لأن هذا الاتفاق يفضي إلى دخول الباعث في دائرة التعاقد وصورته جزءاً من
العقد المتفق عليه . ويقول الدكتور السنهوري في صدد هذه الحالة الأخيرة . لا شك
في أن الفقيه الفرنسي الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب
ولسكن دون أن يدخل في نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط

(١) يقول أستاذنا الدكتور سليمان مرقس في هذا الصدد : « إن القضاء قد أدخل على نظرية
السبب التقليدية تعديلاً جوهرياً وسع حدودها وسمح لها بأن تتناول بالبطان عقوداً كثيرة لم تكن
تلك النظرية بدون هذا التعديل تستطيع اعتبارها باطلة . وتلخص نظرية القضاء - وهي التي يصح
وصفها بأنها نظرية حديثة في السبب - في أنه لا يصح الوقوف عند السبب بعنايه التقليدي كلما
ثبت أن وراءه باعثاً غير مشروع كان الدافع إلى التعاقد ، وكان الطرف الآخر عالماً به ، فحيث
يرفع هذا الباعث غير المشروع إلى مرتبة السبب ، ويترتب عليه بطلان العقد (نظرية العقد ، ف
١٦٣ ، ص ٢١٠) ويقول الدكتور حشمة أبو سنيت في هذا المعنى أيضاً : « إن نظرية القضاء
أوسع أفقاً من النظرية التقليدية ، إذ هي لا تقف كما فعلت هذه عند القرض المباشر ... وإنما تذهب
خطوة أبعد فتعني بالباعث . حتى إذا وجدته باعثاً لا تفرقه قواعد النظام العام والآداب بطل العقد
مضى كان ذلك الباعث معلوماً من الطرفين . وإذن فالنظرية الحديثة في السبب لا تحل محل النظرية
القديمة وإنما تكملها (نظرية الالتزام ، ف ٢٣٣ ، ص ٢٢٧) » وراجع مصادر الالتزام
للدكتور عبد المنعم فرج الصده ، ف ٢٣١ ، ص ٢٦٤ ، إذ يقول : « تبين لنا مما تقدم أن القضاء
كان له فضل سد النقص الذي يعيب النظرية التقليدية إذ نظر إلى سبب الالتزام وسبب العقد معاً
في حكمه على التصرف ، وهذا هو الوضع الصحيح لنظرية السبب ... أخذ به القضاء في ظل القانون
القديم ، ويجب الأخذ به في ظل القانون المدني الجديد . ويقول الدكتور عبد الحى الحجازي في
هذا المعنى أيضاً : « إن القضاء اليوم ومع الذمريات الحديثة يعتمد بالباعث الذاتي عند ما يكون
ذلك الباعث غير مشروع ... ومن ثم لم يعد على المحاكم أن تقف عند حد تحليل السبب الفني . .
بل أصبح لها أن تبحث في كل عقد عن النوايا التي دفعت المتعاقدين إلى التعاقد (نظرية الالتزام
العامة ، ف ١٦٤ ، ص ١٣٥) » .

وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة ^(١) »

الأمر الثاني : ذهب المؤلف إلى أن نظرية كاييتان توافق نصوص القوانين الوضعية وهو في رأينا محل نظر ، ذلك أن ثمة قوانين وضعية تنظم مخالفة لهذه النظرية ، لا موافقة لها . كالقانون اللبناني الذي جمع في نصوصه بين نظرية السبب التقليدي ونظرية القضاء وذلك باعتداده بسبب الالتزام وسبب العقد ^(٢) . والقانون المدني الإيطالي الجديد ^(٣) والقانون الإيراني ^(٤) والمشروع الفرنسي للقانون الخاص ^(٥) التي اقتصرت على الباعث الدافع . فأين هذه القوانين من نظرية كاييتان التي حافظت في جوهرها على النظرية التقليدية وجعلت المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً واعتبرته داخلاً في العقد لا يتغير في أى نوع من العقود ؟

الأمر الثالث : ذهب المؤلف إلى أن نظرية كاييتان توافق أحكام القضاء الفرنسي وهو يشير ضمناً بهذا إلى أن القضاء الفرنسي يشترط لإعمال الباعث أن يكون متفقاً

(١) الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٨٣ ، ص ٤٥٨ .

(٢) وهذه هي نصوص القانون اللبناني م ١٩٤ : تميز بين سبب الموجب وسبب العقد م ١٩٥ : إن سبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير ، وهو يعد جزءاً غير منفصل عن العقد ، كالموجب المقابل في العقود المتبادلة ، والقيام بالأداء في العقود العينية ، ونية التبرع في العقود المجانية . أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنياً كان أم طبيعياً . م ٢٠٠ : « إن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل العاقد على إنشاء العقد ، وهو لا يعد جزءاً غير منفصل عن العقد ، بل يختلف في كل نوع من العقود وإن تكن من فئة واحدة .

(٣) راجع المادة ٣٤٥ من القانون المدني الإيطالي الجديد التي تنص على : « أن الباعث غير المشروع يبطل العقد إذا ثبت أن المتعاقدين إنما اناسق إلى التعاقد مدفوعاً بهذا الباعث وحده ، وكان باعثاً مشترك فيه كلا المتعاقدين » راجع مصادر الحق للدكتور السهوري ، ج ٤ ، ص ٣١ . ونظرية الالتزام للدكتور حجازي ج ١ ، هامش ص ١٤٠ .

(٤) المادة ١٩٠ من القانون الإيراني « لكي يكون العقد صحيحاً يجب أن تتوافر فيه الشروط الجوهرية الآتية : ١ — إرادة الطرفين ورضاعاً ٢ — أهليتهما ٣ — محل معين . ٤ — باعث مشروع » راجع العنصر النفسي في العقود وفق المفهوم الإيراني للدكتور جلال عبده ، ص ٢٢٢ .

(٥) م ٦٩ من المشروع الفرنسي للقانون الخاص (المقدم من الأستاذ مزور) : « يكون العقد باطلاً إذا كانت البواعث الدافعة لإرادة المتعاقدين مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة أو لنص آمر . ومع ذلك ففي عقود المعاوضة لا يقضى بالبطالان إلا إذا كان المتعاقدان يعلمان أو كان يجب أن يعلما بوجود هذه البواعث الدافعة . راجع نظرية الالتزام للدكتور حجازي ، المرجع السابق .

عليه بينهما . وهذا ما أوضحه في اعتراضه على أستاذنا السنهورى بقوله : « يرى الأستاذ السنهورى أنه إذا كان الذى يعنينا فى انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل كان الاكتفاء بمرتبة العلم كاف سواء كان تبرعاً أو معاوضة ، ومعنى ذلك أن السبب الدافع إلى التعاقد هو فى التبرعات والمعاوضات معرفة كل طرف غاية الطرف الآخر من التعامل سواء كانت هذه الغاية متفقاً عليها أو غير متفق عليها من الطرفين . فهل هذا الحل الذى وصل إليه الدكتور السنهورى صحيح من الوجهة القضائية ؟ سنرى أن ذلك غير صحيح ^(١) » ونحن نرى أن الأحكام القضائية التى جاء بها المؤلف للتدليل على عدم صحة كلام أستاذنا الدكتور السنهورى هى سند ضعيف لا يمكن الاعتماد عليه ، مادام المؤلف نفسه قد اعترف بأن بعض أحكام هذا القضاء لم تلقزم نظرية كاييتان . ولئن ذهب إلى أن الأحكام الشاذة لا يعتمد عليها ، فنحن نرى على العكس من ذلك ومع الدكتور شيفاليه أنه ليس فى العالم القانونى تفصيلات يمكن إجمالها ^(٢) .

وفى هذا ذلك فإن القضاء الفرنسى ليس هو وحده ضابطاً فى هذا الموضوع بل يجب أن نضيف إليه أحكام القضاء فى البلاد التى يدور قانونها فى فلك القانون الفرنسى كالقضاء المصرى مثلاً . وقد أشار أستاذنا السنهورى إلى أن غالبية أحكام هذا القضاء قد اكتفت بالعلم ، ولم تتطلب مرحلة الاتفاق التى تطلبها كاييتان ^(٣) .

أضف إلى ذلك أن الفقه — إلى جانب اكتفائه بعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع فى المعاوضات — يتجه فى تطوره إلى الاستغناء عن هذا العلم فى التبرعات ، يؤيد ذلك ما جاء فى المشروع الفرنسى للقانون الخامس المقدم من الأستاذ مازو الذى جميل المبدأ بطلان العقد فى حالة عدم مشروعية باعته ثم خصصه باشتراط علم العاقد الآخر فى حالة المعاوضات ^(٤) .

(١) الشرط المستحيل ، ص ٣٦٠ والوسيط ، ص ٤٥٩ . ويلاحظ أن المؤلف قد فسر خطأ رأى الأستاذ الدكتور السنهورى . فالسبب الدافع ليس هو كما يشير المؤلف « معرفة كل طرف غاية الطرف الآخر من التعامل » بل هو الباعث الدافع إلى التعاقد شريطة أن يكون معروفاً من العاقد الآخر .

(٢) راجع التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ص ١٥ .

(٣) راجع هذه الأحكام فى الوسيط ف ٢٩١ ، ص ٤٧٤ — ٥٤٧٧ .

(٤) راجع ما سبق هامش ص ٧٣١ وراجع جوسران ج ٢ ، ف ١٤٧ مكرر .

ويؤيد ذلك من فقهاء الإقليم الجنوبي في الجمهورية العربية المتحدة الدكتور عبد الحى حجازى حيث يقول^(١): «أما في عقود التبرع فلا يلزم أن يكون الموهوب له عالماً بالبائع غير المشروع الذى دفع الواهب إلى التبرع فضلاً عن أن يكون مشتركاً فيه ذلك أن من تلقى شيئاً بدون مقابل يكون في الرعاية دون من يتلقى الشيء بمقابل أو كما تقول القاعدة اللاتينية إن من يناجز لدرء مفرم أولى بالرعاية ممن يناجز لجلب منعم^(٢)» .

٤ - يعتبر المؤلف السبب ركناً في الالتزام والواقع أنه ركن في إرادة الالتزام كما رأينا^(٣) .

٥ - يخلط المؤلف بين مؤيدات السبب كمنعصر تكوين ومؤيداته كمنعصر تنفيذ إذ يقول : « فالسبب إذن أمر داخلي في العقد . قدره القانون في كل نوع من أنواع التصرفات القانونية لا تصح إلا به ، فإن خلا منها وقت العقد^(٤) أو أصبح العقد دون سبب حتى الانتهاء من التنفيذ بطل العقد كله^(٥) » .

والواقع أن ما ذهب إليه المؤلف هنا هو خطأ واضح ذلك لأن مؤيد تخلف السبب عند تنفيذ العقد هو الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ ، أو الانفساخ لا البطلان ، فالبطلان هو جزاء انعدام السبب عند التكوين فقط .

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ج ١ ، ف ١٧٣ ص ١٤٣ . ويبدو أن استاذنا الدكتور مرقس يشترط علم الطرف الآخر بالبائع في المعاولات دون التبرعات ، فقد جاء في كتابه نظرية العقد ص ٢١١ : « وأما فيما يتعلق بمشروعية السبب ، فإن المشروع لا يقف عند حد السبب التقليدى لأن الأخير لا يتصور فيه عدم المشروعية بل يذهب إلى البائع الدافع ، فإن وجده غير مشروع جعل جزاء ذلك بطلان العقد بشرط أن يكون البائع غير المشروع في العقود الملزمة لجانبين معلوما للطرف الآخر . راجع أيضاً أنور سلطان ، ف ٢٠٨ . قارن الدكتور السنهورى في الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٥٩ . والدكتور حشمة أبى ستيت ، ص ٢٢٦ . والدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٢٦٥ .

(٢) أو كما تقول القاعدة الفقهية الإسلامية « درء المفسد أولى من جلب المنافع » .

(٣) راجع ما سبق ف ٤٩٣ ، ص ٤٧١ .

(٤) اهله يريد أن يقول فإن خلت منه .

(٥) الشرط المستحيل ، ص ٣٦٨ .

٢ - ملحوظاتنا على بحث المؤلف عن السبب في القانون المدني العراقي

أولاً : يؤخذ على المؤلف أنه جعل الفقه الإسلامي أساساً لشرح المادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي المتعلقة بالسبب . ذلك لأن الفقه الإسلامي ، وإن كان واضح الأثر في الكتاب الثاني المخصص للمقود المسماة في القانون المدني العراقي ، فهو يقل بعض الشيء ، في الكتاب الأول من هذا القانون والمخصص للنظرية العامة للالتزام ، لعدم وجود نظير لهذه النظرية في الفقه الإسلامي^(١) . ولما كانت المادة ١٣٢ المشار إليها آنفاً هي من جملة المواد الواردة في الكتاب الأول من هذا القانون ، والتي اقتبست بكاملها من القانون المدني المصري ذي الأصل اللاتيني . فإن الاستناد إلى الفقه الإسلامي في شرحها هو فيما نرى مسلك منتقد^(٢) .

ثانياً : استهل المؤلف بحثه عن السبب في القانون المدني العراقي بأن أخذ عليه عدم تعريفه للسبب . والواقع أن هذا المأخذ لا محل له . لأن مهمة التعريف هي من عمل الفقيه لا من عمل الشارع .

ثالثاً : تكلم المؤلف عن السبب في الفقه الإسلامي كلاماً مضطرباً ، وخط فيه بين السبب المصلحي والسبب الفني ، وقد اعتمد في بحثه هذا على أبحاث السبب لدى السادة الأفاضل الدكتور سبحي الحمصاني ، والدكتور يوسف موسى . وقد رأينا أنه لا يمكن الاعتماد عليهما في هذا الموضوع ، وحسبنا أن نشير إلى ملحوظاتنا التي أوردناها سابقاً في هذا الصدد .

هذا ويلاحظ من جهة أخرى أنه أغفل إغفالاً تاماً أبحاث السبب لدى السادة الأفاضل الدكتور صلاح الدين الناهي ، والدكتور حسن علي ذنون ، والدكتور محمد زكي هبدي البر في رسائلهم التي سبق أن أشرنا إليها آنفاً .

رابعاً : بحث المؤلف السبب في رأي الدكتور شحاته باعتباره « السبب الفني »

(١) محاضرات في نظرية العقد في القانون المدني العراقي القاها الدكتور حسن علي ذنون في معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ ، ص ٤ . وبضيف الدكتور ذنون بأن أثر فقه الشريعة الغراء يقل إلى حد بعيد في الكتابين الثالث والرابع المخصصين للحقوق العينية .

(٢) راجع ص ٧٠ - ٧٢ من المرجع السابق حيث استند المؤلف في شرحه للمادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي إلى نفس الشروح الواردة على المادتين ١٣٦ و ١٣٧ من القانون المدني المصري .

ثم انتقل إلى رأى الدكتور السنهورى فى السبب باعتباره « السبب المصلحى » دون أن يظهر وجه الفرق بين الرأيين ، ثم هو يعلق على هذين الرأيين بكلام هو فى غاية الاضطراب يقول فيه : « ولكن لو سألنا أنفسنا ما هو السبب الذى يبحث عنه فى كلا الرأيين ، أى ما هو تعريفه الفقهى ؟ هل هو إرادة التعبير عن الإرادة ؟ أم هو شيء آخر ؟ فإن كان هو إرادة التعبير عن الإرادة فهذا يرجع إلى الإيجاب والقبول أى إرادة الارتباط وهذا لا يدل على السبب ، أما إذا كان المقصود بإرادة التعبير عن الإرادة لماذا ارتبط ، فهنا يظهر سبب الالتزام^(١) » .

والواقع أنه لا صلة بين السبب وإرادة التعبير — لا بالمعنى الأول الذى أشار إليه المؤلف ولا بالمعنى الثانى — ذلك أن السبب هو كما رأينا ركن فى إرادة الالتزام أى ركن فى إرادة الأثر . وفرق كبير بين إرادة التعبير وإرادة الأثر^(٢)

خامساً : وتبدو نتائج خلط المؤلف بين السبب الفنى والسبب المصلحى فى معرض نقده للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ولأستاذنا الكبير العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهورى فهو يقول فى معرض نقد رأى الدكتور شحاته « وفكرة السبب فى الشريعة ليس تقابل الالتزامات وتساويها بل فكرة السبب ... هو لماذا يرتبط أى الغاية المقصودة أو المتوخاة من التعاقد » .

ويقول فى معرض نقده لرأى أستاذنا الدكتور السنهورى : « وما ذكره (السنهورى) من تأييد رأيه من أقوال لفقهاء الشريعة فى المذهبين الحنفى والشافعى لبيان أن السبب هو التعبير عن الإرادة لا تعطى فكرة أكثر من كونها تدل على التفرقة بين السبب الصحيح والسبب المخالف للنظام العام أو للآداب ... وكل هذا لا يدل على بيان ما هو المقصود من السبب ... لذا كان علينا أن نبين ما هو السبب^(٣) » ثم يذكر المؤلف تعريف المحمصانى للسبب على أنه الغرض المقصود .

والواقع أن ما ذكره المؤلف من تعريف للسبب فى الفقه الإسلامى هو غير سديد — لغرابية هذا التعريف عن الفقه الإسلامى كما أشرنا سابقاً — ونحن نشارك الدكتور

(١) الشرط المستحيل ، ص ٣٩٥ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٢٨٣ ، ص ٢٨٢ .

(٣) الشرط المستحيل ، ص ٣٩٦ .

شحاته رأيه في أن فكرة المعادلة تمثل السبب الفني في التصرف القانوني في الفقه الإسلامي ، ونشارك أستاذنا السهوري رأيه في أن السبب المصلحي هو جزء من التعبير عن الإرادة لدى الأحناف والشافعية .

سادساً : يقرر المؤلف أن الفقه الإسلامي يتضمن « نظرية للسبب واضحة المعالم ^(١) » وأن الكتب الفقهية تتضمن « فكرة واضحة عن السبب ^(٢) » ، وهذا يخالف ما انتهينا إليه سابقاً .

ويرد على النصوص التي استند إليها المؤلف في تقريره هذه النظرية ماسبق أن أوردناه على النصوص التي استند إليها الدكتور المحمصاني في تقريرها ^(٣) .

سابعاً ، يأتي المؤلف بتعليل لعدم وجود نظرية للسبب في أحاديث الرسول فيقول : « وأما أنه (الرسول) لم يذكر السبب أو الغاية المقصودة من العقود فلأن ذلك يشير كثيراً من المشاكل خاصة في ذلك الزمان الذي كانت حياة البداوة غالبية على حياة الناس ، وإذا علمنا أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان همهم أن يقرب الحلال والحرام إلى الأذهان حتى يفهمهما كل شخص إن أمكن ذلك كان من الضروري في ذلك الوقت ألا يثقل على القوم في بيان لا يفهمه إلا الخاصة من الناس ، ولهذا السبب لم يذكر السبب أو الغاية المقصودة في أحاديثه التشريعية ^(٤) . . . »

ويلاحظ أن المؤلف يكاد يستقر في ذهنه أنه من الواجب تعليل عدم ورود كل ما لم يرد من نظريات غريبة في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهذا مسلك غير سديد .

ثامناً : خلط المؤلف بين الباعث والمحل فاعتبر العقود الباطلة لعدم مشروعيتها محلها — كالعقود النصبية على الخمر والميتة ولحم الخنزير وآلات اللهو — باطلة لعدم مشروعيتها سببها ، فهو يقول « ويظهر لنا أن معرفة السبب غير المشروع من إرادة

(١) المرجع السابق ، ص ٣٩٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) راجع ماسبق ، ص ٧٠٧ وما ب .

(٤) القدر المستحيل ، ص ٤٠٠ — ٤٠١ .

المتماقدين الصريحة كما في الحالة الأولى واستخراجة من طبيعة المحل متفق عليه في كافة المذاهب الإسلامية وليست خاصة ، بمذهب دون مذهب^(١) . «
وواضح أن إبطال هذه العقود يتم لعدم مشروعية المحل باعتباره عنصراً مصلحياً
لعدم مشروعية السبب .

تاسماً : يتعرض المؤلف بالنقد لأستاذنا الكبير الدكتور السنهوري في مجال
لامكان فيه لهذا النقد . فهو يقول : « إن هذه الطريقة (استخلاص السبب من الإرادة
الظاهرة) أخذت بها كافة المذاهب الإسلامية ، فلم تقتصر على مذهب واحد أو اثنين
كما ذهب إلى ذلك الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، وسوف نذكر أقوالاً لغير
الحنفية والشافعية^(٢) . »

وهذا فهم خاطيء للمؤلف لكلام أستاذنا الدكتور السنهوري إن أستاذنا لم
يذهب إلى أن استخلاص السبب من الإرادة الظاهرة مقصور على مذهب الشافعية
والحنفية بل ذهب إلى أن هذين المذهبين يمتدان بمبدأ عام انفردا به فأستاذنا يقول :
« فالبدأ العام يتكون (لدى الأحناف والشافعية) إذن من شقين .

- ١ — يمتد بالسبب ، أى الباعث ، إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .
- ٢ — لا يمتد بالسبب ، أى الباعث ، إذا لم تتضمنه صيغة العقد^(٣) . «

وواضح أن هذا المبدأ بشقيه لم يقل به سوى الحنفية والشافعية كما ذهب إليه
أستاذنا الدكتور السنهوري أما بقية المذاهب فقد اعتدت بالشق الأول من المبدأ
ولم تمتد بالشق الثاني لأنها لم تشترط وجود الباعث في صلب العقد كشرط لإعماله .
يؤيد ذلك بصورة جلية ما ذكره أستاذنا السنهوري في مكان آخر حيث نجد فيه
ما يدحض دعوى الجليلي بوضوح بقوله :

(١) الشرط المستحيل ، ص ٤١١ . ولعل المؤلف يريد أن يتعرض لمؤلف أستاذنا السنهوري
الذي قصر استخلاص عدم مشروعية السبب من المحل على المذهبين الشافعي والحنفي . راجع مصادر
الحق ، ج ٤ ، ص ٦١ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٤٠٥ — ٤٠٦ .
(٣) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٥٨ .

« فإذا ذكر السبب . أى الباعث ، فى المقد ، فقد دخل فى دائرة التعاقد واعتد به فى جميع المذاهب على النحو الذى قد مناه . أما إذا لم يذكر السبب فى المقد لاصراحة ولا ضمنا ، فإن المذهب الحنبلى يمتد به ^(١) » .

عاشراً : يخلط المؤلف بين وجود السبب الفنى وصحته ، فهو يقول : « فإن كلا الفقهاء (الإسلامى والغربى) يشترط أن يكون هناك سبب صحيح فإن كان الفعل المطلوب واجبا على الملتزم له ^(٢) فليس هناك التزام مألأن من شروط صحة السبب ألا يكون الفعل واجبا على المدين ^(٣) . »

وفى عدا ذلك فليس صحيحا ما ذهب إليه المؤلف من أن الفقه الإسلامى يبطل الالتزام عند كون الفعل المطلوب واجبا على المدين لا نعدام السبب ، وإنما يبطل الالتزام فى هذه الحالة لانعدام شريطة الفائدة إن من شرائط المقد فى الفقه الإسلامى كما رأينا ^(٤) ، أن يكون مفيدا .

وأخيرا لا وجه للمفاضلة التى عقدها المؤلف فى آخر بحثه بين الفقه الإسلامى الذى يقتصر على اشتراط علم العاقد الآخر بالباعث غير المشروع لإبطال التصرف والفقه الوضعى الذى يشترط — كما زعم المؤلف — اتفاق العاقدين على الباعث غير المشروع . ذلك لأن رأى السائد فى القانون الوضعى يتفق مع الفقه الإسلامى فى اشتراطه لمجرد علم العاقد الآخر بالباعث غير المشروع لإبطال التصرف ، أما اشتراط اتفاق العاقدين على الباعث غير المشروع فهو أمر يكاد الفقيه الفرنسى كاييهان ينفرده .

(١) مصادر الحق ، ج ٤ ص ٧٨ .

(٢) لعله يريد أن يقول الملتزم .

(٣) الشرط المستحيل ، ص ٤٢٥ .

(٤) راجع ما سبق ، ف ٥١٤ ، ص ٤٨٧ .

الملحق رقم (٣)

تقنين من وضعنا

نقترح إضافة المادة التالية إلى القانون المدني السوري :

« التعبير عن الإرادة إما أن يكون ملق ينتج أثره بمجرد صدوره ، وإما أن يكون متعلق لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، ويمتد الوصول في هذه الحالة قرينة على العلم ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ^(١) » .

نقترح تعديل المادة ٩٨ من القانون المدني السوري بحيث تصبح على الشكل الآتي :

« (١) يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

(٢) لكل من الماقدين خيار الرجوع عن العقد قبل وصول القبول الصريح إلى علم الموجب ، وينتقل هذا الخيار إلى الوارث حال وفاته ، وإلى نائبه الشرعي حال فقد أهليته .

(٣) يعتبر وصول القبول إلى علم الموجب قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ^(٢) » .

نقترح تعديل المادة ٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري بحيث تصبح على الشكل الآتي :

« يجوز أن يكون الإيجاب بالكتابة إذا كان الموجب إليه غائباً عن المجلس ^(٣) » ^(٤) .

(١) راجع ما سبق ، ف ٢١٢ ، ص ٢٠٣ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ١٥٥ ، ص ١٤٥ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٢٧٩ ، ص ٢٨٠ .

(٤) راجع أيضاً فيما سبق ملحوظاتنا على المادة ٧٩ من التقنين المدني العراقي (هامش رقم

٢ ، ص ٢٦٣ — ٢٦٤) .

(٤٧ — التعبير عن الإرادة)

الخاتمة

نقف فى نهاية مطافنا فى أبحاثنا لمختلف مسائل التعبير عن الإرادة لنلقى نظرة عاجلة على أهم النتائج التى توصلنا إليها والتى جعلناها مدعومة بما وسعنا من أدلة :

١ - تعرفنا فى مطلع هذه الرسالة على المواطن التى تتجلى فيها النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى إن فى نطاق الالتزام أو فى نطاق التصرف القانونى أو الواقعة القانونية . ولسنا نعتقد أن أحداً قبلنا قد تناول هذا الموضوع من جوانبه المتعددة ، رغم مسيس الحاجة إليه ، وبعد ما قام لدى واضع مشروع التقنين المدنى من تشوف واضح إلى هذه النزعة .

٢ - حددنا فى مطلع الباب الأول من هذه الرسالة المقصود من اصطلاحى التصرف الفعلى والتصرف القولى ، وأبنا مدى الصلة التى تربط هذين الاصطلاحين باصطلاحى التصرف القانونى والواقعة القانونية . ونشير هنا إلى أنه من المتعين أن تتجه أنظار الباحثين فى الفقه الإسلامى من جديد إلى إقامة دراسة التنظيم الفقهى الإسلامى على أساس من النظرية العامة للتصرف القانونى لا على أساس من النظرية العامة للالتزام سيراً مع الاتجاهات الفقهية والقانونية الحديثة التى ثبت لديها فساد نظرية الالتزام^(١) ، ومطابقة للصناعة الفقهية الإسلامية التى تعتمد التصرف القانونى لا الالتزام محوراً لبنائها .

٣ - انتهينا فى الباب الأول إلى أن إظهار الإرادة ذو قيمة خاصة ، ثم كشفنا عن مدى اعتداد الفقه الإسلامى بالإعلام المنشئ ، وقررنا أن انتفاء الإعلام هو الأصل وتقدمنا أخيراً باقتراحين يقتضى أولهما إدخال مادة جديدة فى التقنين المدنى السورى

(١) يرى الدكتور محمود أبو عافية أن نظرية الالتزام هى فى حالة تحلل ظهرت بوادره بانفصال نظرية التصرف القانونى عنها ، وأن هذا التحلل قد ينتهى بانهيائها انهيئاً كاملاً ويقول فى هذا المعنى : « فالواقع الذى لا شك فيه عندنا هو أنها تحمل فى طياتها كل جرائم الفناء فى شكل عيوب فنية مستأصلة ، ينعثر فيها المنطق السليم فى كل خطوة ، وإذا اقتصرنا على ذكر عيوبها الرئيسية برميناها بالنقص ، وعدم التناسق ، والبعد عن المنطق (التصرف القانونى المجرد ، ص ٣٠٣) » .

يشير إلى التفرقة بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة ويقتضى ثانيهما تعديل المادة ٩٨ من التقنين المدني السوري على أساس من نظرية « خيار الطريق » التي فصلنا أحكامها وكشفنا عن مزاياها .

٤ - وفي الباب الثاني تسنى لنا التعرف على الأهمية التي يحظى بها اللفظ بين أنداده من طرق التعبير عن الإرادة . ولقد عمدنا إلى بيان السوغات الجدية التي ترتكز عليها تلك الأهمية ، وأبنا الأنظار الفقهية المختلفة في مجال طرق التعبير عن الإرادة بغير اللفظ ، وانتهينا إلى أن مرد هذا الخلاف ليس الأدلة العقلية ، وإنما الأعراف التي قامت في ظلها تلك الأنظار .

وليس يفوتنا أن نذكر هنا أن الشمار الذهبي الذي يجب أن نتبناه في هذا المجال هو تلك الجملة الشهيرة المأثورة عن ابن قدامة والتي جاء فيها : « إن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع إلى العرف » .

٥ - وفي بحثنا عن الإرادة الظاهرة تسنى لنا أن نلقى الضوء على استناد المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري إلى الفقه الإسلامي في اعتداده بالإرادة الظاهرة . ولقد كشفنا في بحثنا عن الأصول الجذرية لاعتداد الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة إن في نظرية العلة بوجه عام أوفى نظرية التعبير الصريح بوجه خاص ، ولم تقتصر على بحث النظريات بصورة سابقة للتجربة ، بل عمدنا إلى تقدير هذه النظريات في محك حالات الخلاف بين التعبير والإرادة . ولقد انتهينا من ذلك كله إلى أن الفقه الإسلامي لا ينجاز انحيازاً مطلقاً إلى إحدى النظريتين المعروفتين ، بل يأخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة ، ويخفف من التمويل فيها على العنصر المادي بلطفات مختلفة^(١) مبتغياً في ذلك التوفيق بين عاملي الاستقرار والمدالة .

٦ - وفي بحثنا لنظرية السبب في الفقه الإسلامي استكملنا دراسة دور العناصر المعنوية في تكوين التصرف القانوني في الفقه الإسلامي وانتهينا إلى أنه لا أثر في التنظيم الفقهي الإسلامي لاهتمام الفقه الغربي بما يسمى بـ « السبب القصدى » وإنما نمة مكان فيه لما يسمى بـ « المقصد الأصلي » ولقد سمعنا إلى التقريب بين مفهوم المقصد

(١) راجع ما سبق ، ف ٤٨٩ .

الأصلي ومفهوم السبب في النظرية المادية الإيطالية . ورأينا إلى جانب ذلك أن مذاهب الفقه الإسلامي تمتد بالبواعث على اختلاف بينها في الأسلوب وأن المذهبين الموسعين في هذا الاعتداد — وهما المذهبان المالكي والحنبلي — يتسق إعمالهما للبواعث في التصرف القانوني مع أخذهما بمبدأ سد الذرائع .

ورأينا أخيراً أن هذين المذهبين الأخيرين هما أميل إلى احترام الإرادة الحقيقية في حالات الخلاف بين التعمير والإرادة مما يدعونا إلى الاعتراف بوجود تيار ذاتي — يمثل المذهبان الحنبلي والمالكي — يشق طريقه في التنظيم الفقهي الإسلامي ذي النزعة الموضوعية .

٧ — وفي القسم الثاني من هذه الرسالة عالجنا موضوعات ثلاثة : تناولنا أولاً بحث التفسير فوجدنا فيه تيارين متعارضين أحدهما يدعو إلى الاعتداد بالإرادة الظاهرة والتمويل على العرف وثانيهما يتجه إلى الأخذ بالتفسير الحرفي ولقد رأينا أن الغلبة كانت للتيار الأول .

٨ — ووقفنا ثانياً عند نظرية جمالية آثار التصرف القانوني وأبرزنا النتائج المهمة التي تقدمها هذه النظرية في مجال التنظيم الوضعي ، ولقد عرفنا من هذه النتائج انتقال الملكية بمجرد العقد ، وتفسير ظاهرة النيابة . وهاتان النتيجةتان تسجلان بحق تقدم الفقه الإسلامي على الفقه الغربي الذي وصل أخيراً إلى الأخذ بهما .

٩ — ووقفنا ثالثاً عند القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي ووازننا بينها وبين مثيلتها في الفقه الغربي ، وأشرنا إلى مآلها وما عليها ، وانتهينا إلى أن عدم أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الفسخ كقاعدة عامة يسهم إلى حد كبير في دعم هذه القوة .

١٠ ب — وأخيراً لسنا نحاول أن نهى خاتمتنا ببيان النتائج الخصبة الغزيرة التي قدمها لنا المرض التاريخي لشرط السماع في الإيجاب والقبول والتي أشرنا إليها في حينها ، وحسبنا أن نقول إن هذا المرض الفقهي هو الأول من نوعه شكلاً وموضوعاً .

« وآخر دعوانهم أن الحمد لله رب العالمين »

المراجع

(١) الفقه الإسلامي

أولا : الكتب والمخطوطات القديمة

(١) الفقه الحنفي

محمد الشيباني (١٨٩ هـ) : « الأصل » القسم الأول في البيوع ، تحقيق وتعليق الدكتور شفيق شحاته ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٤ م .

الطحاوي (٣٢١ هـ) : « مختصر » مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥١ .

السمرقندي (٣٧٣ هـ) : « النوازل » مخطوط في مكتبة الأزهر ، رقم ٣١٠٥ بحيت ٤٤٤٥٠ .

القدوري (٤٢٨ هـ) : « مختصر » طبع الآستانة ، ١٣١٠ هـ .

السرخسي (٤٣٨ هـ) : « المبسوط » طبع القاهرة ، ١٣٢٤ هـ .

السمرقندي (٥٤٠ هـ) : « تحفة الفقهاء » الجزء الأول ، تحقيق الدكتور محمد زكي عبد البر ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٥٨ م .

افتخار الدين (٥٤٢ هـ) : « الخلاصة » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (١٩٤٩) رافى ٢٦٧٨٨ .

العتابي (٥٨٦ هـ) : « الفتاوى المتأبىة » مخطوط في دار الكتب المصرية رقم ١٩٣ .

الكاساني (٥٨٧ هـ) : « بدائع الصنائع » مطبعة شركة الطبوعات العلمية ، القاهرة . ١٣٢٨ هـ .

قاضي خان (٥٩٢ هـ) : « الفتاوى الخانية » مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية في الثلاثة مجلدات الأولى ، انظر ما سيأتى .

المرغيناني (٥٩٣ هـ) : « الهداية » مطبوعة مع فتح القدير ، انظر ماسياتي .
— « غنارات النوازل » نسخة في مجلدين ، مخطوط في مكتبة الأزهر
رقم (٩٥) ٢٦٩٥ . جزآن في مجلدين .

برهان الشريعة (٦٠٠ هـ) : « الوقاية » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (٢٩٢)
٥٥٣٩ .

القدسى (٦٠٠ هـ) : « فتاوى الحاوى القدسى » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم
(٢٨٥٨) بخيت ٤٤٢٠٣ .

برهان الدين (٦١٦ هـ) : « المحيط » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم ٣٤٨٨ (٥٤٨٠٨)
— « الذخيرة البرهانية » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم ١٥٨٤ .

ظهير الدين (٦١٩ هـ) : « الفتاوى الظهيرية » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم
[٢٩٧٦] بخيت ٤٤٣٢١ .

السجستاني (٦٣٨ هـ) : « منية المفتى » مخطوط في مكتبة الأزهر (٣٠٩٥) بخيت
٤٤٤٤٠ .

عالم بن علاء (؟) : « الفتاوى التتارخانية » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم
الجزء الأول (٢٩٦٨) بخيت ٤٤٣١٣ . رقم الجزء الثانى والثالث
٢٠٠٣ رافى ٢٦٨٤٢ ، رقم الجزء الرابع (٩٣٧) ١٤٣٥٥ .

الزاهدى (٦٥٨ هـ) : « شرح على القدورى » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم
١٧٥٩٠ (١٢٦٢) .

الموصلى (٦٨٣ هـ) : « الاختيار لتعليق المختار » طبع القاهرة ، ١٣٥٦ هـ .
ابن الساعاتى (٦٩٤ هـ) : « مجمع النهرين وملقى النيرين » مخطوط في مكتبة الأزهر
رقم (٨١) ٢٣٦٥ .

أبوالمكارم (٧١٠ هـ) : « الفتاوى الولوالجية » مخطوط في مكتبة الأزهر ٢٠٣٣
رافى ٢٦٨٧٢ . في مجلدين .

النسفي (٥٧١٠ هـ) : « كنز الدقائق » مطبوع على هامش البحر الرائق انظر ماسيأتى .

— « السكافى شرح الوافى » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ٢٤٩٩ .
قضاء ٣٥٤٣٩ .

الزيلعى (٥٧٤٢ هـ) : « تبين الحقائق » وهو شرح على كنز الدقائق ، المطبعة الكبرى الأميرية ، القاهرة ، ١٣١٣ هـ .

صدر الشريعة (٥٧٤٧ هـ) : « شرح المواضع المغلفة من وقاية الرواية » مطبوع على هامش « كشف الحقائق شرح كنز الدقائق » للأفغانى القاهرة ١٣٢٢ هـ .

السكاكى (٥٧٤٩ هـ) : « معراج الدراية » فى شرح الهداية ، مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٢٠٩٢) رافعى ٢٦٩٣١ . نسخة غير كاملة .

الاتقانى (٥٧٥٨ هـ) : « غاية البيان » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٤٨٦)
٢٠٤٨١ . فى ستة مجلدات .

البارتى (٥٧٧٦ هـ) : « العناية » شرح على الهداية ، مطبوعة على هامش فتح القدير انظر ماسيأتى .

الحدادى (٨٠٠ هـ) : « السراج الوهاج » شرح على مختصر القدورى ، ٨ مجلدات مخطوط فى مكتبة الأزهر [٣٧١] ٧٥٥٣ .

— « الجوهرة النيرة » شرح على مختصر القدورى ، مطبعة محمود بك ،
الأستانة ، ١٣٠١ هـ .

الخوارزمى (٨٠٠ هـ) : « الكفاية » وهو شرح على الهداية أربعة أجزاء فى مجلدين طبع حجر بالهند ، ١٢٨٠ هـ .

ابن قاضى سماوة (٨٢٣ هـ) : « جامع الفصولين » المطبعة الأزهرية ، ١٣٠٠ هـ .

ابن البزاز (٨٢٧ هـ) : « التتواى البزازية » مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية فى المجلدات ٤ ، ٥ ، ٦ ، الطبعة الثانية ، ١٣١٠ هـ .

السيوسى (٨٣١ هـ) : « العناية » فى شرح الوقاية ، مخطوط فى دار الكتب المصرية ، رقم ٩٩٢ .

ابن سندل (٨٣١ هـ) : « توفيق العناية » شرح وقاية الرواية مخطوط في مكتبة بلدية الإسكندرية رقم ٧٥٠ د .

الطرابلسي (٨٤٤ هـ) : « معين الأحكام » المطبعة الميمنية ، القاهرة ، ١٣١٠ هـ .
منلا مسكين (٨٥٠ هـ) : « شرح على الكنز » مطبوع على هامش فتح الله المعين انظر باسياني .

العيني (٨٥٥ هـ) : « البناء في شرح الهداية » طبع حجر بالهند ، ١٢٩٣ هـ .
— « رمز الحقائق على كنز الدقائق » المطبعة الميمنية ، القاهرة ، ١٣٢٠ هـ .
الكمال بن همام (٨٦١ هـ) : « فتح القدير » شرح الهداية مطبعة مصطفى محمد في ثمانية أجزاء ، القاهرة ، وقد أتمه قاضي زاده (٩٩٨ هـ) في نتائج الأفكار .

الشمسي (٨٧٢ هـ) : « كمال الدراية في شرح مختصر الوقاية » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (٢٧) ١٠٤٧ . في مجلدين .
أبو القاسم (٨٨٠ هـ) : « جامع الفتاوى » مخطوط في دار الكتب رقم ٢٠٧١٦ ب .

ابن ملك (٨٨٥ هـ) : « شرح على وقاية الرواية » مخطوط في مكتبة الأزهر (٢٩٣٣) بجيت ٤٤٢٧٨ .

منلا خسرو (٨٨٥ هـ) : « درر الأحكام شرح غرر الأحكام » المطبعة العامرة القاهرة ، ١٣٠٤ هـ .

يعقوب باشا (٨٩١ هـ) : « حاشية على شرح الوقاية لصدر الشريعة » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (١٨٣٦) ٢٦٣٣٣ .

الأمدي (٩٠٠ هـ) : « زبدة الدراية » في شرح الهداية مخطوط في مكتبة الأزهر رقم ٧٩٠ حسونة ١٢٨٥٩ .

أخني جلبي (٩٠٥ هـ) : « ذخيرة المقبي » حاشية على شرح الوقاية ، طبع حجر بالهند ، ١٣١٣ هـ .

البرجندى (٩٣٠ هـ) : « شرح النقاية على الوقاية » مخطوط في مكتبة الأزهر
٢٧٧٨ (١٤٩) .

ابن السكال باشا (٩٤٠ هـ) : « إيضاح الإصلاح » مخطوط في مكتبة الأزهر
٢٧٧٩ (١٥٠) .

سعدى جلي (٩٤٥ هـ) : « حاشية على العناية والهداية » مطبوعة على هامش فتح
القدير ، انظر ماسياني .

الحلي (٩٥٦ هـ) : « غنية المتملى » على هامش حاية الناجى انظر ماسياني .
— « ملحق الأبحر » طبع الآستانة ، ١٣١٦ هـ .

القهستاني (٩٦٣ هـ) : « جامع الرموز » وهو شرح على النقاية ، طبع قزان
١٣١٦ هـ .

منلا إلياس (٩٧٠ هـ) : « شرح على الوقاية » مخطوط في مكتبة بلدية
الإسكندرية رقم ٣٨١١ ج .

ابن نجيم (٩٧٠ هـ) : « الأشباه والنظائر » دار الطباعة العامرة القاهرة ، ١٢٩٠ هـ .
— « البحر الرائق » وهو شرح على الكنز ، القاهرة ، ١٣٣٤ هـ .

الواني (١٠٠٠ هـ) : « نقد الدرر » حاشية على درر الحكام ، مخطوط في مكتبة
الأزهر رقم (١٣٣٤) ١٨٨٦٥ .

الشلي (١٠٠٠ هـ) : « الفوائد الرقائق » على هامش تبين الحقائق ، انظر
ماسبق .

الباقاني (١٠٠٠ هـ) : « بحر الأنهر على ملحق الأبحر » مخطوط في مكتبة الأزهر
رقم (٣٣٦) ٧٣٨٣ .

المقدسى (١٠٠٤ هـ) : « أوضح رمز على نظم الكنز » مخطوط في مكتبة الأزهر
٧٩١ حسونة ١٢٨٦٠ .

التمرناشى - (١٠٠٤ هـ) : « تنوير الأبصار » على هامش رد المختار انظر ما سياتى -
— « منح الفغار شرح تنوير الأبصار » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم
١٦٥٧٨ (١٢٠٣) .

ابن نجيم (١٠٠٥ هـ) : « النهر الفائق على كنز الدقائق » مخطوط في مكتبة الأزهر
رقم (١٢٠٩) رافعى ٢٦٩٤٨ .

الهروى (١٠١٤ هـ) : « فتح باب العناية » طبع قزان ، ١٣١٦ هـ ، ١٨٩٩ م
عزى زادة (١٠٤٠ هـ) : حاشية على درر الحسكام مخطوط في مكتبة الأزهر
رقم (١٣٣٣) ١٨٨٦٤ .

عبد الحليم (١٠٦٠ هـ) : « كشف رموز غرر الأحكام » حاشية على الدرر طبع
الآستانة ، ١٣١٣ هـ .

الشرنبلالى (١٠٦٩ هـ) : « غنية ذوى الأحكام فى بنية درر الحسكام » حاشية على
الدرر مطبوع على هامش درر الحسكام ، انظر ما سبق .
بعض علماء الهندود (١٠٧٠ هـ) : « الفتاوى الهندية » المطبعة الكبرى الأميرية ،
القاهرة ، ١٣١٠ هـ .

نوح أفندى (١٠٧٠ هـ) : « نتائج النظر على الدرر والغرر » مخطوط فى مكتبة
الأزهر رقم (١٥٤٣) ٢٠٥٣٨ . والموجود منه الجزآن ٢ ، ٣ .

مصطفى بن عمر (١٠٦٦ هـ) : « المنتقى شرح الملتقى » مخطوط فى مكتبة الأزهر
رقم (١٣٠) ٢٧٥٥ .

الرملى (١٠٨١ هـ) : « الفتاوى الخيرية » المطبعة الكبرى الأميرية ، القاهرة ،
١٣٠٠ هـ الطبعة الثانية .

شيخ زاده (١٠٨٧ هـ) : « مجمع الأنهر » شرح على ملتقى الأبحر ، طبع الآستانة ،
١٣١٠ هـ .

الحصكفى (١٠٨٨ هـ) : « الدر المختار » شرح تنوير الأبصار على هامش رد المختار ،
انظر ما سياتى .

الحجوى (١٠٩٨ هـ): « كشف الرمز عن خبايا الكنز » مخطوط في مكتبة الأزهر
رقم (٣٧٢) ٧٥٥٤ .

القزائى (١١٠٠ هـ): « غواص البحرين » على هامش جامع الرموز ، انظر ما سبق
؟ « مفاتيح القيود وحل العقود » حاشية على شرح الوقاية مخطوط في
مكتبة بلدية الاسكندرية رقم ٨٣١ ب . لم يذكر عليه اسم مؤلفه .
عبد الرحيم (١١٠٠ هـ) . « شرح ملئقى الأبحر » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم
٢٩٢٨ بجيت ٤٤٢٧٣ .

إلهى زاده (١١٠٠ هـ): « حاشية على جامع الرموز » مخطوط في مكتبة الأزهر
(١٩٤٤) رافى ٢٦٧٨٣ .

الأدرنوى (١١٣٠ هـ): « مهتدى الأنهر إلى ملئقى الأبحر » مخطوط في مكتبة
الأزهر رقم ٢١٠٢ رافى ٢٦٩٤١ .

الحادى (١١٥٤ هـ؟): « حاشية » على الدرر مطبوع فى الآستانة ، ١٣١٠ هـ .
الاسقاطى (١١٥٩ هـ): « منهج السالكين إلى شرح منلا مسكين » مخطوط فى
مكتبة الأزهر رقم [٢٤٠] ٥٢٦٥ .

أبو السعود (١١٦٠ هـ): « فتح الله المين » وهو حاشية على منلا مسكين مطبعة
الموباحى ، القاهرة ، ١٢٨٧ هـ .

الحلبى (١١٩٠ هـ): « تحفة الأخيار على الدر المختار » مخطوط فى مكتبة الأزهر
رقم (١٣٨) ٢٧٦٥ .

المرعشى (١٢٠٠ هـ): « المعادل على ملئقى الأبحر » مخطوط فى مكتبة الأزهر
رقم (١٦١٥) ٢٢٤٧٩ .

الحلبى (١١٠٤ هـ): « شرح ملئقى الأبحر » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ٢٩٢٧
بجيت ٤٤٢٧٢ .

الطحطاوى (١٢٣١ هـ): « حاشية على الدر المختار » طبع بولاق ، القاهرة ،
١٢٨٢ هـ .

الرحمى () : « حاشية على الدر المختار » مخطوط في مكتبة الأزهر (نسخة غير تامة) .

المغربى (١٢٣٨ هـ) : « تعاليق الأنوار على الدر المختار » مخطوط في مكتبة الأزهر بخط المؤلف رقم (٥٨٣) ١٠١٧٥ .

ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) : « منحة الخالق شرح على البحر الرائق » مطبوع على هامش البحر الرائق انظر ما سبق .

— « ردالمحتار حاشية على الدر المختار » الطبعة الثالثة المطبعة الكبرى الأميرية القاهرة ، ١٣٢٣ هـ .

— « مجموعة رسائل » مطبعة دارسمات ، ١٣٢٥ هـ .

— « العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية » المطبعة العامرة الأميرية ، القاهرة ، ١٣٠٠ هـ .

السندى (١٢٥٧ هـ) : « طوابع الأنوار شرح على الدر المختار » ١٦ مجلد مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (١٩٨٧) رافعى ٢٦٨١٦ .

أبو المسكارم (١٢٩٦ هـ) : « شرح مختصر الوقاية » ٣ أجزاء طبع حجر بالهند كوز الحصارى (١٣٠٠ هـ) : « حلية الناجى » طبع الآستانة ، ١٢٥٠ هـ محمد عبد الحى (١٣٠٤ هـ) : « عمدة الرعاية في شرح الوقاية » مطبعة أنور محمد ، طبع حجر .

محمد علاء الدين عابدين : (١٣٠٦ هـ) « قرة عيون الأخبار » تكملة لرد المختار القاهرة ، ١٢٩٩ هـ ، في مجلدين .

الرافعى (١٣٢٣ هـ) : « التحرير المختار » وهو تعاليق على رد المختار المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣٢٣ هـ

الهاشمى (١٣٤٣ هـ) : « حميد الآثار في نظم تنوير الأبصار » المطبعة السلفية ، القاهرة ، ١٣٤٣ هـ

(ب) الفقه الشافعى

الشافعى (٢٠٤ هـ) : « الأم » طبع القاهرة ، ١٣٢١ هـ سبعة أجزاء فى أربعة مجلدات .

الشيرازى (٤٧٦ هـ) : « المذهب » طبع القاهرة ١٣٤٣ هـ . جزءان فى مجلد واحد .
عز الدين عبد السلام (٦٦٠ هـ) : « قواعد الأحكام فى مصالح الأنام » مطبعة الاستقامة ، القاهرة .

النوى (٦٧٦ هـ) : « المجموع شرح المذهب » المطبعة المنيرية ، القاهرة .
— « المهاج » مطبوع على هامش نهاية المحتاج انظر ما سياتى .

السيوطى (٩١١ هـ) : « الأشباه والنظائر » مطبعة الحلبي القاهرة ، ١٩٣٨ م
الأنصارى (٩٢٦ هـ) : « الفرر البهية فى شرح البهجة الوردية » المطبعة الليمانية ،
القاهرة ، ١٣١٨ هـ

الأسنوى (٩٢٦ هـ) : « أسنى المطالب شرح روض الطالب » وهو شرح على روض
الطالب لابن أبى بكر القرى البنى ، طبع المطبعة الميمنية ، ١٣١٣ هـ
ابن حجر (٩٧٤ هـ) : « تحفة المحتاج » شرح على المهاج القاهرة ، ١٣٠٤ هـ ، فى
ثمانية مجلدات .

الرملى (١٠٠٤ هـ) : « نهاية المحتاج شرح المهاج » طبع القاهرة ، ١٣٠٤ هـ ، ثمانية
أجزاء فى خمسة مجلدات .

الشبرايملى (١٠٨٧ هـ) : « حاشية على نهاية المحتاج » انظر ماسبق .
البجيرمى (١٢٢١ هـ) : « التجريد لنفع العبيد » حاشية على شرح المهاج ، المطبعة
الأميرية ، القاهرة ١٣٠٩ هـ

(ح) الفقه المالكي

مالك (١٧٩ هـ) : « المدونة الكبرى » رواية سجنون ، القاهرة ، ١٣٢٣ هـ
سنة عشر جزءاً فى ثمانية مجلدات . الطبعة الأولى .

- أبن رشد (٥٩٥ هـ) : « بداية المجتهد » مطبعة الاستقامة القاهرة ، ١٩٥٢م في مجلدين .
 القرافى (٦٨٤ هـ) : « الفروق » القاهرة ، ١٣٤٤ هـ ، أربعة أجزاء .
 ابن جزىء (٧٤١ هـ) : « القوانين الفقهية » مطبعة النهضة ، تونس ، ١٣٤٤ هـ .
 الخطاب (٩٥٤ هـ) : « شرح على مواهب الجليل » مطبعة السعادة ، ١٩٢٩م ، ٦ أجزاء .
 — « تحديد الكلام فى مسائل الالتزام » مخطوط فى مكتبة الأزهر
 رقم ١٢٧١ .
 الدردير (١٢٠١ هـ) : « الشرح الصغير » على حاشية الصاوى ، القاهرة ، ١٣١٠ ،
 فى مجلدين .
 — « الشرح الكبير » على حاشية الدسوق ، القاهرة ، ١٣٠٩ فى
 أربعة مجلدات .
 الدسوقى (١٢٣٠ هـ) : « حاشية على الشرح الكبير للدردير » المطبعة الأزهرية ،
 ١٣٠٩ هـ ، انظر ماسبق .
 الصاوى (١٢٤١ هـ) : « بلغة السالك لأقرب المسالك » حاشية على الشرح الصغير
 للدردير ، انظر ماسبق .

(د) الفقه الحنبلى

- أبن حنبل (٢٤١ هـ) : « مسند » ، القاهرة ، ١٣١٣ هـ ، فى ستة مجلدات .
 ابن قدامة (٦٣٠ هـ) : « المغنى » دار المعار بالقاهرة ، الطبعة الثالثة ، ١٣٦٧ هـ .
 المقدسى (٦٨٢ هـ) : « الشرح الكبير » مطبوع على المغنى ، انظر ماسبق .
 ابن تيمية (٧٢٨ هـ) : « فتاوى » ، القاهرة ، ١٣٢٨ هـ ، فى خمسة مجلدات .
 — « السياسة الشرعية » ، القاهرة ، ١٣٢٢ هـ .
 ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) : « إعلام الموقعين » القاهرة ، ١٣٢٥ هـ .
 — « الطرق الحكيمة فى السياسة الشرعية » القاهرة ، ١٣١٧ هـ .
 أبو عبد الله محمد (٧٦٣ هـ) : « الفروع » القاهرة ، ١٣٣٩ هـ . فى ثلاثة مجلدات
 ابن رجب (٧٩٥ هـ) : « القواعد الفقهية » مطبعة الصدق الخيرية ، القاهرة
 . ١٣٥٢ هـ

منصور بن أدریس (١٠٥١ هـ) : « كشف القناع » شرح متن الافناع ، مطبعة
أنصار السنة المحمدية ، ١٢٦٦ . وعلى هامشه « منتهى الإرادات » .

(هـ) المذاهب الأخرى

١ — الشيعة الرواسية .

العالي (١٢٢٦ هـ) : « مفتاح الكرامة » ، القاهرة ، ١٣٢٣ — ١٣٢٦ هـ .
النجفي (١٣٢٢ هـ) : « جواهر الكلام في باب العقود » طبع حجر .
— « جواهر الكلمات في العقود والایقاعات » مخطوط في مكتبة
الأزهر رقم ٦ .

٢ — الشيعة الزيدية .

أبو الحسين زيد بن علي (١٢٢ هـ) : « مجموع الفقه » طبع بعناية الدكتور
جريفيني ، ميلانو ، ١٩١٩ م .
المرآضي (٨٤٠ هـ) : « البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار » أربعة أجزاء
الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٤٨ م .
عبد الله بن مفتاح : (٨٧٧ هـ) . « المنتزع المختار » ، القاهرة ، ١٣٣٢ هـ .
شرف الدين الحيمي (١٢٢١ هـ) : « الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير »
مطبعة السعادة ، ١٣٤٩ هـ .

٣ — فقه الإباضية .

ضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ) : « النيل » مع الشرح اللاحق .
محمد أطفيش () : « شرح النيل وشفاء العليل » ، القاهرة ، ١٣٤٣ هـ
عشرة مجلدات .

٤ — الفقه الظاهري .

ابن حزم (٤٥٦ هـ) : « المحلى » طبع منير الدمشقي ، القاهرة ، ١٣٥٢ هـ ، ١١ جزءاً .

(و) أصول الفقه

- البزدوى (٣٧٠ هـ) : « أصول » طبع الآستانة ، ١٣٠٨ هـ .
- ابن حزم (٤٥٦ هـ) : « الإحكام في أصول الأحكام » مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٤٨ هـ .
- الغزالي (٥٠٥ هـ) : « المستصفى في الأصول » طبع القاهرة ، ١٣٢٢ هـ في مجلدين .
- الأمدي (٦٣١ هـ) : « الإحكام في أصول الأحكام » أربعة أجزاء ، مطبعة دار المعارف القاهرة ، ١٣٣٢ .
- ابن الحاجب (٦٤٦ هـ) : « المختصر » .
- العصدي (٧٥٦ هـ) : « شرح » على مختصر ابن الحاجب .
- النسفي (٧١٠ هـ) : « المنار » مطبعة دار سماعات ، ١٣١٥ هـ .
- البخاري (٧٣٠ هـ) : « كشف الأسرار » مطبوع على أصول البزدوى انظر ماسبق .
- صدر الشريعة (٧٤٧ هـ) : التوضيح شرح متن التنقيح ، طبع القاهرة .
- الأسنوى (٧٧٢ هـ) : « نهاية السؤل شرح منهاج الوصول » المطبعة السلفية بالقاهرة ، ١٣٤٥ هـ .
- الشاطبي (٧٩٠ هـ) : « الموافقات » المطبعة الرحمانية ، القاهرة .
- التفتازاني (٧٩٠ هـ) : « التلويح » حاشية على التوضيح مطبوع مع التوضيح انظر ماسبق .
- ابن الهمام (٨٦١ هـ) : « التحرير » المطبعة الكبرى الأميرية ، القاهرة ، ١٣١٦ هـ .
- ابن أمير الحاج (٨٧٩ هـ) : « التقرير والتحجير » شرح التحرير ومطبوع على هامشه . انظر ماسبق .
- ابن ملك (٨٨٥ هـ) : « شرح المنار » مطبوع على هامش المنار ، انظر ماسبق .
- ملا خسرو (٨٨٥ هـ) : « مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول » طبع الآستانة ، ١٣١٢ هـ .
- الحادمي (١١٥٤ هـ) : « مجامع الحقائق » طبع الآستانة ، ١٣٠٨ هـ .
- الآزميري () : « حاشية على مرآة الأصول » انظر ماسبق .
- (٤٨ — التعبير عن الإرادة)

الشوكانى (١٢٥٥ هـ) : « إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول »
مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٢٧ هـ .

كوز الحصارى (١٣٠٠ هـ) : « منافع الدقائق » شرح مجامع الحقائق مطبوع مع الجامع
(ز) التفسير والحديث

الجصاص (٣٧٠ هـ) : « أحكام القرآن » فى ثلاثة أجزاء ، المطبعة البهية ، القاهرة ،
١٣٤٧ هـ .

الرازى (٦٠٦ هـ) « مفاتيح الغيب » فى ثمانية مجلدات ، القاهرة ، ١٣٠٨ هـ .

مالك (١٧٩ هـ) : « الموطأ » طبع دار الحلبي ، القاهرة ، ١٩٥١ م فى جزئين .

البخارى (٢٥٦ هـ) : « صحيح » طبع القاهرة ، فى تسعة مجلدات .

العيني (٨٥٥ هـ) : « عمدة القارىء »

الصنعانى (١١٨٢ هـ) : « سبل السلام » طبع القاهرة ، أربعة أجزاء فى مجلدين .

الشوكانى (١٢٥٥ هـ) : « نيل الأوطار » المطبعة المصرية ، ١٣٥٧ هـ .

(ح) الطبقات

منلا كاتب چايى (١٠٧٦ هـ) : « كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون »
مطبعة العالم ، ١٣١٠ هـ .

اللكنى (١٣٠٠ هـ) : « الفوائد البهية » مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٢٤ هـ

فهرست دار الكتب المصرية ١٣٤٢ هـ / ١٩٢٤ م .

فهرست مكتبة الأزهر الجزء الثانى ١٣٦٥ هـ / ١٩٤٦ م والثالث ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م .

(ط) القواميس العربية

المطرزى (٦١٦ هـ) : « المغرب فى ترتيب المغرب » طبع الهند ، ١٣٢٨ هـ

ابن منظور (٧١١ هـ) : « لسان العرب » القاهرة ، ١٣٠٠ هـ .

الفيومى (٧٧٠ هـ) : « المصباح المنير » المطبعة العلمية ، ١٣١٥ هـ .

ثانيا : المؤلفات الحديثة فى الفقه الإسلامى

ابراهيم (أحمد) : « أحكام الأحوال الشخصية » الجزء الأول ، القاهرة ، ١٩٢٥ .

أبو زهرة (محمد) : « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية » الطبعة الأولى ،
مطبعة نوري ، القاهرة ، ١٩٣٩ .

— « أبو حنيفة » الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٤٧ .

— « مالك » الطبعة الأولى ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٤٦ .

— « الشافعي » الطبعة الثانية ، مطبعة نخيمر ، القاهرة ، ١٩٤٨ .

— « ابن تيمية » الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٢ .

— « الأحوال الشخصية ، قسم الزواج » الطبعة الثانية ، مطبعة
نخيمر ، القاهرة ، ١٩٥٠ .

— « الجريمة والمقوبة في الفقه الإسلامي » الجزء الأول ، مطبعة
نخيمر ، القاهرة ، ١٩٥٦ .

أبو سنة (أحمد فهمي) : « العرف والمادة في رأى الفقهاء » مطبعة الأزهر ،
القاهرة ، ١٩٤٩ ، (رسالة أستاذية)

— « الوسيط في أصول فقه الحنفية » القاهرة ، ١٩٥٤ .

خضري (محمد) : « أصول الفقه » المطبعة الرحمانية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٣٣ .

خفيف (علي) : « أحكام المعاملات الشرعية » القاهرة ، ١٩٤٢ .

— « الحق والذمة » مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٤٥ .

— « فرق النكاح في المذاهب الإسلامية » مطبعة الرسالة ، القاهرة ،

١٩٥٨ .

خلاف (عبد الوهاب) : « علم أصول الفقه » مطبعة النصر القاهرة ، ١٩٥٠ .

— « مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه » القاهرة ، ١٩٥٥ .

ذنون (حسن علي) : « النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي » مطبعة
نهضة مصر ، ١٩٤٦ (رسالة دكتوراة) .

زرقاء (مصطفى) : « المدخل الفقهي العام » الجزء الأول ، مطبعة الجامعة السورية ،
دمشق ، ١٩٥٢ .

— « المدخل إلى نظرية الالتزام العامة » الجزء الثاني ، مطبعة

الجامعة السورية ، دمشق ، ١٩٥٨ .

- سايس وسبكي وبربرى : « تاريخ التشريع الإسلامى »
سنهورى (محمد أحمد فرج) شرح قانون الوقف من مجموعة القوانين المصرية المختارة
من الفقه الإسلامى ، القاهرة .
- سنهورى (عبد الرزاق) : « مصادر الحق » الجزء الأول مقدمة — صيغة العقد ،
دار مصر للطباعة ، ١٩٥٤ .
- « مصادر الحق » الجزء الثانى توافق الارادتين ، صحة التراضى ،
مطبعة لجنة البيان العربى ، القاهرة ، ١٩٥٤ .
- « مصادر الحق » الجزء الثالث ، محل العقد ، مطبعة دار الهنا ،
القاهرة ، ١٩٥٦ .
- « مصادر الحق » الجزء الرابع ، نظرية السبب ونظرية البطلان ،
دار الهنا ، القاهرة ، ١٩٥٧ .
- « مصادر الحق » الجزء الخامس ، أثر العقد بالنسبة للأشخاص ،
دار الهنا للطباعة ، القاهرة ، ١٩٥٨ .
- « مصادر الحق » الجزء السادس ، أثر العقد بالنسبة للموضوع ،
دار الهنا للطباعة ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
- شحاته (شفيق) : « النظرية العامة للإلتزامات فى الشريعة الإسلامية » مطبعة
الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٣٦ (رسالة دكتوراة) .
- شلى (مصطفى) : « تحليل الأحكام » مطبعة الأزهر ، القاهرة ، ١٩٤٩ (رسالة الأستاذية)
شلتوت (محمود) : « فقه القرآن والسنة فى القصاص » ، القاهرة .
- شلتوت وسايس : « مقارنة المذاهب الأربعة » القاهرة .
- عامر (عبد العزيز) : « التمييز فى الشريعة الإسلامية » مطبعة دار الكتاب
العربى ، القاهرة ، ١٩٥٥ (رسالة دكتوراة)
- عابدين (أبو اليسر) : « أصول الفقه » مطبعة الجامعة السورية ، دمشق ، ١٩٥٠ .
- عبد البر (محمد زكى) : « نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى » القاهرة ، ١٩٥٠
(رسالة دكتوراه)

عبد الغفار (محمد الحسيني) : « حوالة الحق في الفقه الإسلامي » (تحت الطبع) .
عبد الله (عمر) : « الأحوال الشخصية » .

عدوى (محمود شوكة) : « نظرية العقد في الشريعة الإسلامية » القاهرة ، ١٩٤٧
(رسالة أستاذية غير مطبوعة) .

عيسوي (عيسوي أحمد) : « الفقه الإسلامي ، المدخل ونظرية العقد » الطبعة
الثانية ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة .

محمصاني (صبحي) : « فلسفة التشريع في الإسلام » الطبعة الثانية ، مطبعة الكشاف
بيروت ، ١٩٥٢ .

— « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية »
مطبعة الكشاف ، بيروت ، ١٩٤٨ .

مدكور (محمد سلام) : « الفقه الإسلامي ، المدخل والأموال والحقوق والملكية
والعقود » ، مطبعة دار الهنا ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

— « المقاصد الفقه الإسلامي » مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٥٦ .

موسى (محمد يوسف) : « الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي » مطبعة دار
الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٥٢ .

نورى (حسين) : « عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية » رسالة دكتوراة ، القاهرة
يمحي (عبد الودود) : « حوالة الدين في الفقه الإسلامي » ، دراسة مقارنة ، رسالة
دكتوراة ، (تحت الطبع) .

التقنيات وشروحها

باز (سليم بن رستم) « شرح المجلة » ، طبعة ثانية ، بيروت ١٨٩٨ .

المحاسني : « شرح المجلة » ، دمشق ، ١٩٢٧ .

كاشف الغطاء : « تحرير المجلة » ، النجف الأشرف العراق ، ١٣٥٩ هـ .

قدرى باشا (محمد) : « مرشد الحيران » ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ١٩٠٩ .

صبرى (محمد حافظ) : « المقارنات والمقابلات » مطبعة هندية ، القاهرة ، ١٩٠٢ .

جماعة من رجال القانون والشريعة الإسلامية « نموذج لكتاب العقد
مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية » دار الطباعة والنشر

الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٤٨ .

المراجع غير العربية في الفقه الإسلامى

- ABDOH (Djalal) L' élément Psychologique dans les contrats suivant la Conception Iranienne, Paris, 1937,
AMIRIAN, La formation du mariage en droits Iranien et musulman comparés avec le droit français Paris, 1938.
DIB, Essai sur une théorie des mobiles en droit civil Hanafite, Beyrouth, 1952.
MILLOT Introduction à l' étude du Droit Musulman, Paris, 1953.
RIFAI, Le consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite, thèse, Nancy, 1933.
STEPHANI, Les successions ab intestat et testamentaire en droit civil français comparé au Droit égyptien, Le Caire 1950.
TYAN, Rapport au congrès International de Droit Comparé, (La Haye 1937) sur la responsabilité délictuelle en droit Musulman.

(٢) مراجع القانون المدنى

أبو ستيت (أحمد حشمت) : « نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى » مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

أبو طالب (صوفى حسن) : « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » القاهرة ١٩٥٤
أبو عافية (محمود) : « التصرف القانونى المجرد » مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٤٨ .

الاسيوطى (نزوة أنيس) : « مسئولية الناقل الجوى فى القانون المقارن » المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٩ (رسالة دكتوراة) .

بدرأوى (عبد النعم) : « عقد البيع » القاهرة ، ١٩٥٨ .

بدوى (حلى بهجت) : « أصول الالتزامات » مطبعة نورى ، القاهرة ، ١٩٤٣ .
جلبلى (عبد الله) : « الشرط المستحيل والخالف للنظام العام أو للآداب » المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٨ .

حجازى (عبد الحى) : « النظرية العامة للالتزام » المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
دواليبى (معروف) : « الوجيز فى الحقوق الرومانية وتاريخها » مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٥٨ .

ذنون (حسن) : « محاضرات فى القانون المدنى العراقى » القاهرة .

الزرقاء (مصطفى): « نظرية الالتزام العامة في القانون المدني السوري » مطبعة
جامعة دمشق، ١٩٥٩ .

السنهوري (عبد الرزاق): « الوسيط » ج ١ ، مطبعة جرينبرغ، القاهرة، ١٩٥٢ .
— « التصرف القانوني والواقعة القانونية » القاهرة، ١٩٥٤ .

شحاته (شفيق): « محاضرات عن حوالة الحق في قوانين البلاد العربية » القاهرة ١٩٥٥
الشرقاوي (جميل): « نظرية بطلان التصرف القانوني » القاهرة، ١٩٥٦ .
الصدده (عبد النعم فرج): « مصادر الالتزام » مطبعة الحلبي، القاهرة .

— « نظرية المقد في قوانين البلاد العربية » ، القاهرة، ١٩٥٨ .

عرفه (محمد علي): « أهم المقود المدنية ، المقود الصغيرة » القاهرة، ١٩٤٥ .

قلادة (وليام سليمان): « التعبير عن الإرادة » المطبعة التجارية الحديثة القاهرة ١٩٥٥
قوتلي (عدنان): « المدخل إلى الحقوق المدنية السورية » جامعة دمشق، ١٩٥٦ .

كزبري (مأمون) « الصورية في الحقوق المدنية السورية » مطبعة الجامعة السورية
دمشق، ١٩٥١ .

مرزوق (أحمد): « نظرية الصورية في التشريع المصري » مطبعة دار التأليف،
القاهرة، ١٩٥٧ .

مرقس (سليمان): « أصول الإثبات في المواد المدنية » القاهرة ١٩٥٢ .

— « نظرية المقد » دار النشر للجامعات ، القاهرة، ١٩٥٦ .

— « الفعل الضار » دار النشر للجامعات ، القاهرة، ١٩٥٦ .

— « أحكام الالتزام » دار النشر للجامعات ، القاهرة، ١٩٥٧ .

— « المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية » دار النشر
للجامعات ، القاهرة، ١٩٦٠ في جزأين .

— « مصادر الالتزام » دار النشر للجامعات ، القاهرة، ١٩٦٠ .

ناهي (صلاح الدين): « الامتناع المشروع عن الوفاء » مطبعة العلوم ، رسالة دكتوراة
القاهرة ١٩٤٥ .

المراجع غير العربية

AL CHIATY (Ahmed Zaki), Essai sur la qualification des contrats, thèse, Le Caire, 1944.

La formation du contrat et son interprétation dans le nouveau Code civil égyptien, Al Qanoun wal Iqtisad, xi année, 1949, P. 1.

AUBRY et RAU, Cours de droit civil, 6^e éd, mise au courant par Bartin. Paris, 1929.

BARASSI, Notificazione, necessaria nelle dichiarazioni strajudicali, Milano, 1906.

BONNECASE, Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry - Lacantinerie, Paris, 1929.

BOSSHART (Fritz). L'interprétation des contrats, thèse, Genève, 1939.

BUFNOIR, Propriété et contrat, 2^e éd, 1929.

BONFANTE, Sulle concezioni tedesca e francese del contratto (Rivista di diritto commerciale, 1909, t. 1, P. 249 etss.)

CHABAS. De la déclaration de volonté en droit civil francais, thèse, Paris, 1931.

CHEHATA (Chafik) Volonté réelle et volonté déclarée dane le nouveau Code civil égyptien, Al Qanoun Wal Iqtisad xxiii année.

CHEVALLIER (Jean) La déclaration de volonté dans le projet de Code civil revisé. Al qanoun Wal Iqtisad xii, P. 97.
Inexécution du contrat synallagmatique. cours de doctorat non imprimé, 1945.

COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil, 8 éd 1934.

COSACK — Le hrbuch des bürg, Recht, 1912, 6 vol.

DEIANA (G) Alcuni chiarimenti Sulla causa del negozio e dell' obbligazioni, dans Rivista, di diritto civile, 1938, P. 1 et s.

DEMOGUE, Traité des obligations, Paris, 1923.

DURMA (Mrcea), La notification de la volonté, thèse, Paris, 1930.

GORLA, Les contrats dans la Civil law et dans la common law cours de doctorat, Le Caire, 1953—54.

- DUSI, Istituzioni di diritto privato Napoli, 1922, T. 1. P. 165.
- FERRARA (L.) Istituzioni di diritto privato, torino, 1939.
- HEBRAUD, Acte, Encyclopédie Dalloz, 1, 1941.
- HOUIN, Les conditions de formation des contrats, cours de doctora, Le caire, 1954 55.
- IHERING, L' esprit du Droit romain, trad Meulenaere. 3^e éd.
- IONASCO (Trajan) La volonté dans la formation des contrats, Recueil d' études sur les sources du droit en l' honneur de François Geny. t. II, P. 370.
- LUCAS (Pierre Louis) Volonté et Cause, thèse, Dijon, 1918, Lésion et Contrat, Paris, 1926.
- MARTIN de LAMOUTTE (Jacques), L'acte juridique unilatéral, thèse, Toulouse 1949.
- MAURY (Jacques), Cause, Encyclopedie Dalloz, 1951. no 10.
- MEYNIAL', La déclaration de volonté, dans Revue trimestrielle, 1902, P. 167 et s.
- MOREL La formation du contrat et sa force obligatoire.
- RIPERT, La règle morale, 4^e éd, Paris, 1949.
- RUGGIERO, Istituzioni di diritto privato,
- SALEILLES, De la déclaration de volonté Paris, 1901.
De la personnalité juridique, Paris, 1910.
- SCIALOJA, Negozio Giuridicio, dans Nuovo diegesto italiano, 1938.
- TUHR (Andreas Von) Partie générale du code fédéral des obligations, 1^o volume, trad. français par Torrente et thilo Lausanne, 1933.
- WAKIL (Chams ed dine), La technique de l'obligation volontaire dans le nouveau code civil égyptien, Paris, 1952 . (thèse non imprimée)

فهرست

الباب التمهيدي

الفصل الأول

النزعة الموضوعية في الفقه الاسلامي

صفحه

(١) خطة البحث 1

المبحث الأول : النزعة الموضوعية في طبيعة الالتزام

- (٢) طبيعة الالتزام في الفقه القوي (٣) نتائج المذهب الموضوعي (٥) طبيعة الالتزام في الفقه الاسلامي (٦) انتقال الالتزام من ناحيته الايجابية والسلبية مسألة خلافية (٧) تحليل الدكتور السنهوري لانتفاء حوالة الدين في الفقه الاسلامي (٨) تقدير هذا التمهيل (٩) تحليل الالتزام بالدين الى عنصرين : الدين والمطالبة (١٠) امكان عدم وجود ملتزم له معين عند نشوء الالتزام 11

المبحث الثاني : النزعة الموضوعية في التصرف القانوني

- (١١) خطة البحث (١٢) تعريف العقد (١٣) عيوب الارادة (١٤) عدم نيابة قبض ضعيف عن قبض قوي (١٥) التعبير عن الارادة 17

المبحث الثالث : النزعة الموضوعية في الواقعة القانونية

الفرع الأول : النزعة الموضوعية في نظرية الفعل الضار

- (١٧) ركن التعدي (١٩) معايير التصف (٢٠) رابطة السببية (٢١) تقدير التعويض (٢٢) الضرر الادبي (٢٣) تقويم المنافع (٢٤) الشروع في الفعل الضار (٢٥) مسئولية عديم التمييز 23

الفرع الثاني : النزعة الموضوعية في نظرية الفعل النافع

- (٢٦) الباني والغارس في أرض الغير 24

الفصل الثاني

أثر النزعة الموضوعية في الفقه الاسلامي على التقنين المدني السوري

- (٢٧) مدى هذا الاثر (٢٨) ملاحظة للدكتور الشيتي (٢٩) تقديرها 27

صفحه

القسم الأول دور التعبير عن الإرادة في تكوين التصرف القانوني

تمهيد

التصرف القانوني والواقعة القانونية في الفقه الإسلامي

- (٣١) مصدر الحق في الفقه الغربي هما التصرف القانوني والواقعة القانونية
(٣٢) تقسيم التصرفات إلى قولية وفعلية في الفقه الإسلامي (٣٣) الرأي القائل بالمطابقة
بين التصرف الفعلي والواقعة القانونية ، نقد هذا الرأي (٣٤) الرأي القائل بالمطابقة بين
التصرف الفعلي والفعل الضار ، نقد هذا الرأي (٣٦) التصرف الفعلي يقابل الفعل النافع
والفعل الضار 36

الباب الأول التعبير الملقى والتعبير المتلقى

الفصل الأول

إظهار الإرادة

المبحث الأول : ضرورة الإظهار

- (٣٩) إجماع الفقهاء على ضرورة الإظهار (٤٠) الدليل النقلى (٤١) لزوم الإظهار 40

المبحث الثاني : الأساس الذى يقوم عليه الإظهار

- (٤٢) فائدة هذا البحث (٤٤) التفسير عنصر إثبات (٤٦) الاعتراض على هذا التفسير
(٥٢) لإظهار عنصر تمليه العلق الشرعية بين الأدمين (٥٣) التفسير الأصولى (٥٤) الحكمة
(٥٥) المظنة (٥٦) هل الحكمة فى عقد البيع هى سد الحاجة أم التراضى ؟ (٦١) الحكم فى
اصطلاح الأصوليين (٦٢) الحكم فى اصطلاح الفقهاء (٦٦) الحكمة بمعنى التراضى حكمها
نبوت الملك (٦٧) الحكمة بمعنى سد الحاجة حكمها الإباحة (٦٨) خفاء الرضا وخفاء الاثر
يستلزمان الإظهار (٧٢) تقدير التفسير الأصولى 61

المبحث الثالث : إنشائية الإظهار

- (٧٣) للإظهار قيمة خاصة (٧٤) دور الإظهار الإنشائى (٧٥) خصائص الإنشاء (٧٦) الإظهار
إخبار وإنشاء (٧٧) إنشائية الإظهار إنشائية ظاهرة (٧٨) أثر الإنشاء فى توليد الحكم
(٧٩) قياس العلة الشرعية على العلة العقلية : الاثر ينقذ مع المظهر المادى (٨٠) تمييز
العلة الشرعية عن العلة العقلية : الاثر ينقذ عقيب المظهر المادى 66

الفصل الثاني إعلام الإرادة المبحث الأول : الإيدان المقرر والإعلام المنشئ

(٨٢) مشكلة درجة اظهار التعبير (٨٣) الإيدان المقرر (٨٤) الاعلام المنشئ (٨٥) تقسيم
التعبيرات الى مستلزمة للاعلام وغير مستلزمة (٨٧) تسمية هذين النوعين من التعبيرات ب :
التعبير الموجه والتعبير غير الموجه ، نقدها ، تسمية التعبير واجب التسلم والتعبير غير
واجب التسلم ، نقدها ، تسميتنا المختارة : « التعبير الملقى والتعبير المتلقى » (٨٨) اعلام
الإرادة وإيدان الواقعية

76

المبحث الثاني : عناصر الإعلام الفرع الأول : الركن المعنوى في الإعلام

(٩٢) ارادة الاعلام في المذهب الحنفى (٩٤) كاف الخطاب تعبر عن ارادة الاعلام في التعاقد
بين الحاضرين (٩٥) حالات يجيز فيها الفقهاء تخلف ارادة الاعلام (٩٦) ارادة الاعلام في
المذهب الشافعى

87

الفرع الثاني : الركن المادى في الإعلام

(٩٨) وسائل الاعلام

88

المبحث الثالث : الموجه إليه التعبير المتلقى

الفرع الأول : الموجه إليه التعبير والموجهة إليه الآثار الشرعية

(١.١) التوجيه المادى والتوجيه اللامادى (١.٢) الموجه اليه التعبير والموجهة اليه الآثار
الشرعية يتلزمان (١.٤) الموجه اليه التعبير النائب

92

الفرع الثاني : مؤيد تخلف الموجه إليه التعبير

(١.٦) حالتان استثنائيتان : «١» تعيين الوكيل «٢» اذن العبد

93

الفرع الثالث : تعدد الموجه إليهم التعبير

(١.٨) الاعلام العلم

97

المبحث الرابع : وقت تمام التعبير المتلقى

الفرع الأول : مفهوم تمام التعبير

(١١.٠) تمام التعبير وانتاجه اثره «١» تقدم انتاج الاثر على تمام التعبير «٢» تراخى
انتاج الاثر عن تمام التعبير «١١» تمام التعبير ولزومه «١٢» لزوم التعبير وانتاجه اثره
«١» تقدم اللزوم على انتاج الاثر «٢» تراخى اللزوم عن انتاج الاثر

102

الفرع الثاني : وقت تمام التعبير المتأني

105 (١١٤) تعاصر تمام التعبير المتأني وانتاجه اثره (١١٥) تعاصر تمام التعبير المتأني ولزومه

الفرع الثالث : الموارد التي تمرض التعبير قبل تمامه

109 (١١٧) الرجوع (١١٨) اثر الموت وفقد الاهلية في التعبير المتأني

الفرع الرابع : تكون المقد

المطلب الأول : متى يتم المقد في التعاقد بين الحاضرين ؟

(١٢٠) المذهب الحنفى (١٢١) نظرية العام (١٢٢) التعليل النقلي (١٢٣) التعليل الفنى
117 (١٢٤) نظرية الاعلان (١٢٥) التعليل النقلي (١٢٦) التعليل الفنى (١٢٧) المذهب الشافعى

المطلب الثاني : متى يتم المقد في التعاقد بين غائبين ؟

120 (١٢٨) نظرية الاعلان (١٢٩) رأى الدكتور السنهورى (١٣٠) الاعتراض على هذا الرأى

الفرع الخامس : تكون المقود في تقنين الجمهورية العربية المتحدة

المطلب الأول : تكون المقود في التقنين المدنى المصرى

126 (١٣٣) التعاقد بين حاضرين (١٣٤) التعاقد بين غائبين

المطلب الثاني : تكون المقود في التقنين المدنى السورى

128 (١٣٦) التعاقد بين حاضرين (١٣٧) التعاقد بين غائبين

المطلب الثالث : نظرية « خيار الطريق »

النظرية المختارة في تحديد زمان ومكان انعقاد المقد بين النائبين

§ ١ — الموازنة بين نظرية العلم ونظرية الإعلان

(١٣٩) مساوى نظرية العلم (١٤٠) مساوى نظرية الاعلان (١٤١) موقفنا من
132 نظريتى العلم والاعلان

§ ٢ — صياغة النظرية المختارة

(١٤٣) نطاقها (١٤٤) احكامها (١٤٥) ناصيلها وتسميتها (١٤٦) خيار المجلس
(١٤٧) مبدأ العدالة (١٤٨) مزايا خيار الطريق في ظل نظرية الاعلان (١٤٩) ميزة خيار
الطريق في حق الموجب (١٥٠) ميزة خيار الطريق في حق القابل (١٥١) مزايا نظرية الاعلان
145 المعدلة على نظرية العلم (١٥٢) المزية الاولى (١٥٣) المزية الثانية (١٥٥) تقنين من وضعنا

المبحث الخامس : هل الإعلام المنشئ هو القاعدة أم الاستثناء ؟

الفرع الأول : الإعلام المنشئ في المذهب الحنفي

المطلب الأول : التعبيرات الملقاة والتعبيرات الملقاة

147 (١٥٨) التعبيرات المجمع عليها : التعبيرات المختلف فيها

المطلب الثاني : أساس الإعلام المنشئ

(١٦٠) تعليل انتفاء ضرورة الاعلام في التعبيرات الملقاة (١٦١) تعليل ضرورة الاعلام في

التعبيرات الملقاة (١٦٢) الحالات المختلف فيها (١٦٣) الفسخ بخيار الشرط (١٦٦) الوصاية

161 (١٦٧) موقفنا من الآراء المتعارضة

المطلب الثالث : التعبيرات الضمنية والإعلام المنشئ

(١٦٩) الاعلام المنشئ في العزل الضمني للمضارب (١٧٠) الاعلام المنشئ في العزل الضمني

للوكيل (١٧١) قياس الفسخ الضمني على الفسخ الصريح (١٧٢) تسويغ عدم ضرورة

146 الاعلام في التعبيرات الضمنية

المطلب الرابع : الإعلام المنشئ والشككية

(١٧٣) هل الاعلام المنشئ ضرب من شككية ؟ (١٧٤) الإرادة الخاصة والاعلام المنشئ

169 (١٧٥) التنازل عن الاعلام المنشئ (١٧٦) الاعلام الذي تتطلبه الإرادة الخاصة

المطلب الخامس : هل الإعلام المنشئ هو القاعدة أم الاستثناء ؟

§ ١ — المعيار الطبيعي

(١٧٩) كل ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم (١٨٠) تقدير هذا المعيار (١٨١) مبنى الالتزام

على العلم (١٨٢) تقدير هذا المعيار (١٨٣) اعلام التعبير وصفته الاستثنائية (١٨٤) تقدير

هذا المعيار (١٨٥) تصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير (١٨٦) تقدير

176 هذا المعيار

§ ٢ — المعيار الشرعي

(١٨٨) الاعلام المنشئ هو الاصل (١٨٩) تقدير هذا الرأي (١٩٠) انتفاء ضرورة

183 الاعلام هو الاصل

§ ٣ — العدالة والإعلام المنشئ

الفرع الثاني : الإعلام المنشئ لدى غير الأحناف

(١٩٣) الاعلام المنشئ في المذهب الشافعي (١٩٦) الاعلام المنشئ في المذهب الحنبلي

(٢٠٠) الاعلام المنشئ لدى ابن حزم (٢٠١) الاعلام المنشئ في الطلاق (٢٠٢) تقدير هذا

194 الرأي (٢٠٣) الاعلام المنشئ في الرجعة (٢٠٤) تقدير هذا الرأي

صفحة

الفرع الثالث : الإعلام المنشئ في تقنيني الجمهورية العربية المتحدة

المطلب الأول : الإعلام المنشئ في التقنين المدني المصري

(٢٠٦) الإعلام هو القاعدة في التعميرات التعاقدية (٢٠٧) هل الاعلام هو القاعدة أم الاستثناء في التعميرات غير التعاقدية (٢٠٨) تقدير المادة ٩١ ق.م.م. 199

المطلب الثاني : الإعلام المنشئ في التقنين المدني السوري

(٢١٠) مسوغات اغفال المادة ٩١ ق.م.م. (٢١١) مسوغات تعديل المادة ٩٧ ق.م.م. (٢١٢) تقنين من وضعنا يشير الى تقسيم التعميرات الى ملقاة ومتلقاة ويحل محل المادة ٩١ ق.م.م. 202

الباب الثاني

طرق التعبير عن الإرادة
(نظرية اللفظية)

الفصل الأول

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ
المبحث الأول : الكتابة

(٢١٦) أنواع الكتابة (٢١٧) الكتابة في العقود (٢١٨) التعاقد بين الحاضرين (٢١٩) التعاقد بين الغائين (٢٢٠) الراي المضيق (٢٢١) الاعتراض على الراي المضيق (٢٢٢) الراي الموسع (٢٢٣) خصوصيتنا عقد النكاح بالكتابة (٢٢٤) الكتابة في التصرفات الاحادية 213

المبحث الثاني : الإشارة

الفرع الأول : إشارة الأخرس

(٢٢٧) شرائط الإشارة (٢٢٨) مسوغات الاعتداد بالإشارة (٢٢٩) قيمة الإشارة بالنسبة للكتابة (٢٣٠) إشارة الصمت 219

الفرع الثاني : إشارة غير الأخرس

(٢٣٢) إشارة غير الأخرس في المذهب المالكي (٢٣٣) إشارة غير الأخرس في المذهب الحنفي (٢٣٤) مسوغات رفض الإشارة (٢٣٥) تقدير موقف الإحناف (٢٣٦) مدى اعتداد الإحناف بالإشارة (٢٣٧) تطوير الاعتداد بالإشارة (٢٣٨) العامل الفعال في الاعتداد بالإشارة 239

المبحث الثالث : أى موقف يدل على الرضا

الفرع الأول : الأفعال

(٢٤٠) الفعل قد يكون صريحا وقد يكون كتابة 230

الفرع الثاني : التعاطى

المطلب الأول : مفهوم التعاطى

- (٢٤٢) معنياً بالتعاطى « (١) » التعاطى بالمعنى الواسع « (ب) » التعاطى بالمعنى الضيق « (ج) » ثمرة التمييز بين معنئى التعاطى (٢٤٣) ركناً التعاطى « (١) » الرضاء « (ب) » الاعطاء من جانب أو من جانبين (٢٤٤) تمييز التعاطى عن الاوضاع المشابهة « (١) » تمييز التعاطى عن التعاقد بدلالة الحال « (ب) » تمييز التعاطى عن العقد الذى يتم بتعبير ضمنى فى أحد شرطيه (٢٤٥) نطاق التعاطى 238

المطلب الثانى : التعاطى فى رأى الفقهاء

- (٢٤٧) التعاطى فى المذهب الحنفى (٢٤٨) تطور الفقه الحنفى فى نظريته الى محل التعاطى (٢٤٩) تطوره فى نظريته الى شطرى التعاطى (٢٥١) الرأى المضيق (٢٥٢) آثار التعاطى (٢٥٣) الاثر الدينى (٢٥٤) الاثر القضائى (٢٥٥) أدلة نفاة التعاطى (٢٥٦) الادلة النقلية (٢٥٧) الادلة الفنية (٢٥٨) الاعتراض على الرأى المضيق (٢٥٩) الرد على الدليل النقلى (٢٦٠) الرد على الدليل الفنى (٢٦١) تفسير موقف نفاة التعاطى (٢٦٢) الرأى الموسع (٢٦٣) تقدير أدلة الفريقين 261

الفرع الثالث : السكوت

- (٢٦٤) السكوت المجرد والسكوت الملابس (٢٦٥) المبدأ : لا ينسب الى ساكت قول (٢٦٦) الاستثناء : السكوت الملابس بيان 265

الفصل الثانى

التعبير عن الإرادة باللفظ

المبحث الأول : الموازنة بين المذاهب فى نظريتها الى اللفظ

- (٢٦٨) نقاط الافتراق (٢٦٩) نقاط الالتقاء 269

المبحث الثانى : تقدير نظرية اللفظية فى الفقه الإسلامى

- (٢٧١) مدى نظرية اللفظية (٢٧٦) مسـووعات اـثار اللفظ (٢٧٧) مزايا اللفظ (٢٧٨) الموازنة بين اللفظ والكتابة 276
- المبحث الثالث : نظرية اللفظية فى قانون الأحوال الشخصية السورى (٢٧٩) اقتراح تعديل المادة ٧ من قانون الاحوال الشخصية السـورى 278

الباب الثالث

نظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى

تمهيد

١ § — مسألة المفاضلة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فى الفقه الغربى

- (٢٨١) نظرية الإرادة الباطنة (٢٨٢) نظرية الإرادة الظاهرة (٢٨٣) تمييز ارادة التعبير

٢٤ - موقف تقنيي الجمهورية العربية المتحدة من النظريتين

- (٢٨٥) موقف المشروع التمهيدى (٢٨٦) موقف التقنين الجديد (٢٨٧) المادة ٨٩ مصرى
 « ٩٢ سورى » (٢٨٨) المادة ٩١ مصرى (٢٨٩) المادة ٩٢ مصرى (٢٩٠) المواد ١٢٠ و ١٢٦
 و ١٢٧ مصرى « ١٢١ و ١٢٧ و ١٢٨ سورى » يذهب رأى الى أن المشرع أخذ بالإرادة
 الظاهرة فى المواد الخمس السابقة ويذهب رأى الى أن المشرع أخذ فيها جميعا بالإرادة
 الباطنة ونرى أن المشرع أخذ بالإرادة الظاهرة فى المواد الثلاث الأخيرة فحسب (٢٩١) فقرة
 بحث نظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى ، خطة البحث 291

الفصل الأول

صياغة نظرية الإرادة الظاهرة

- (٢٩٢) قواعد العلة هى قواعد الصيغة 293

المبحث الأول : قاعدة المظنة

- (٢٩٤) المظنة هى بديل المنة (٢٩٥) المظنة هى وحدها مناط الحكم (٢٩٦) حدود هاتين
 للقاعدتين (٢٩٧) تطبيق قاعدتي المظنة على الصيغة التصرفية (٢٩٨) التعبير هو بديل الإرادة
 وهو مناط الحكم (٢٩٩) التعبير هو دليل قطعى على وجود الإرادة 297

المبحث الثانى : مسوغات الاعتداد بالمظنة

- (٣٠٢) خفاء الحكمة واضطرابها (٣٠٣) استقرار التعامل (٣٠٤) اطوار الاحكام (٣٠٥)
 مسوغات ايثار الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة 303

الفصل الثانى

الصرائح والكنايات

المبحث الأول : الصرائح

الفرع الأول : مفهوم التعبير الصريح

- (٣٠٨) تعريفه (٣٠٩) خصائصه (٣١٠) دور السرف فى صراحة الصيغ (٣١١) صفته
 المميزة (٣١٢) اساس هذه الصفة (٣١٣) الصريح والعلة (٣١٤) حدود صفته المميزة 312

الفرع الثانى : المتمحضات للحال أو الاستقبال

المطلب الأول : المتمحضات للحال

١٥ - المتمحضات للحال المجمع عليها

- (٣١٨) صيغة الماضى (٣٢٠) التعليل النقلي (٣٢١) التعليل الفنى (٣٢٢) الاعتراض على
 (٤٩ - التعبير عن الإرادة)

- التعليق النقلي (٢١٢) دور العرف في صراحة الصيغ (٢٢٥) صيغة المفسار المقرونة
ب «الآن» أو بقرينة عرفية (٢٢٣) صيغة «خذ المبيع» هات الثمن « (٢٢٤) الامر في النكاح
والخلع والطلاق على مال (٢٢٥) الامر في الكفالة والهبة والابراء (٢٢٧) بعض الجمل الاسمية 335

§ ٢ - المتمحضات للحال الخلافية

- (٢٤٠) صيغة الامر في الاقالة (٢٤١) صيغة الامر في التعاقد بين غائبين (٢٤٢) تقدير موقف
الاحتماف من صيغة الامر 339

المطلب الثاني : المتمحضات للاستقبال

- (٢٤٣) المتمحضات للاستقبال نوعان 339

المطلب الثالث : تطور نظرية الإرادة الظاهرة في المتمحضات

- (٢٤٦) منحي القاعدة الاولى : محاولة الكمال بن همام (٢٤٧) أدلته (٢٤٨) مصير محاولة
الكمال (٢٤٩) منحي القاعدة الثانية 345

المبحث الثاني : الكنايات

الفرع الأول : مفهوم التعبير الكناية

- (٢٥١) تعريفها (٢٥٢) مظاهرها (٢٥٣) حكمها (٢٥٤) الوقت الذي يجب أن تقترن فيه
النية بالفاظ الكناية (٢٥٥) نطاقها (٢٥٦) اختلاف الفقهاء في انعقاد النكاح بالكناية (٢٥٧)
اختلاف الفقهاء في كنايات الطلاق (٢٥٨) انقلاب التعبير الكناية الى تعبير صريح (٢٥٩) دور
العرف في تصريح الكنايات (٢٦٠) القرائن والكنايات (٢٦١) القرائن وكنايات التفويض
(٢٦٢) القرائن وكنايات الطلاق (٢٦٣) القرائن قاصرة عن تحديد أحد احتمالات الطلاق لدى
الشافعي ومالك (٢٦٤) قانون الاحوال الشخصية السوري ، اخذ برأى مالك والشافعي
تطور نظرية الإرادة الباطنة في الكنايات 358

الفرع الثاني : الاحتمالات للحال والاستقبال

- (٢٦٧) نطاقها (٢٦٨) المضارع (٢٦٩) الراى الموسع (٢٧٠) مسوغات التعويل على النية في
صيغة المضارع (٢٧١) الراى المضيقي (٢٧٢) راى البابرتي (٢٧٣) الامر (٢٧٤) بعض الصيغ
الاسمية (٢٧٥) التوسع في اعتبار المضارع الارتياح باليمين كوسيلة لاثبات النية 369

الفصل الثالث

النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

المبحث الأول : حالات الخلاف بين التعبير والإرادة

الفرع الأول : حالات انعدام الإرادة

- (٢٧٩) انعدام التمييز الحقيقي : الصبي ، المجنون . انعدام التمييز الحكمي : النائم ،

صفحة

المفمى عليه (٢٨٠) السكران (٢٨١) تصرفات السكران في القانون المدني وقانون الاحوال
الشخصية السوري 373

الفرع الثاني : الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة

المطلب الأول : التعبير الحكائي

(٢٨٤) المؤلف (٢٨٥) حالة التعليم والتعلم (٢٨٦) حالة التمثيل المسرحي (٢٨٧) مسوغات
الاعتماد بالإرادة الحقيقية في التعبير الحكائي (٢٨٨) دور علم الوجه اليه التعبير بمضم
جديدة التعبير الحكائي 377

المطلب الثاني : التحفظ الذهني

(٢٩٠) التحفظ الذهني في نطاق الحكم القضائي (٢٩١) التحفظ الذهني في نطاق الحكم
الديني (٢٩٢) دور الحكم الديني التلطي (٢٩٣) أثر علم الوجه اليه التعبير بالتحفظ
(٢٩٥) التحفظ الذهني في القانون المدني السوري 383

المطلب الثالث : الصورية

§ ١ - معلومات أولية

(٢٩٦) تعريفها (٢٩٧) الصورية المشروعة والصورية غير المشروعة (٢٩٨) الصورية
النسبية والصورية المطلقة 384

§ ٢ - الصورية في التقنين المدني السوري

(٤٠٠) مؤلف التشريعات من الصورية (٤٠١) الحل الاول : سريان العقد الظاهر في حق
المتعاقدين والغير (٤٠٢) الحل الثاني : سريان العقد الحقيقي في حق المتعاقدين والغير
(٤٠٣) الحل الثالث : سريان العقد الحقيقي في حق المتعاقدين والعقد الظاهر في حق الغير
اعتماد المشرع السوري بالحل الاخير 387

§ ٣ - الصورية في الفقه الإسلامي

(١) الصورية في الإنشاءات

أولاً : الصورية في التصرفات غير القابلة للفسخ

(٤٠٦) أنواعها (٤٠٧) نظرية الإرادة الظاهرة (٤٠٨) الدليل النقلي (٤٠٩) الاعتبارات الفنية
(٤١٠) جعلية الآثار (٤١١) صعوبة اثبات الإرادة الباطنة (٤١٢) قياس صورية النكاح على
شريطة رفع موجه (٤١٣) الاعتبارات المصلحية : صلة هذه التصرفات بالنظام العام
وتشوف الشارع الى تشجيعها (٤١٤) تقدير نظرية الإرادة الظاهرة (٤١٥) نظرية
الإرادة الباطنة 394

صفحه

ثانياً : الصورية في التصرفات القابلة للفسخ

- (١٧) الصورية المطلقة (١٩) جزاء الخلاف بين التعبير والإرادة (٢٠) نظرية الإرادة الظاهرة (٢٤) نظرية الإرادة الباطنة (٢٥) نظرية الفساد (٢٦) تعليل فساد العقد الصوري لدى الأحناف (٢٧) آثار العقد الصوري الفساد (٢٨) الاعتراض على الرأي القائل أن العقد الصوري باطل (٢٩) رأينا أن العقد الصوري موقوف (٣٠) الموازنة بين العقد الصوري والعقد الفساد (٣١) نقط الالتقاء بين العقد الصوري والعقد الموقوف (٣٢) بروز صفة التوقف في عقد الهازل (٣٣) الصورية النسبية (٣٤) الصورية بطريق التستر (٣٥) الصورية بطريق التستر الجزئي (٣٦) الصورية بطريق الاسم المستعار

416

(ب) الصورية في الإخبارات

- (٣٧) الاقترار الصوري باطل

417

الفرع الثالث : الاختلاف غير المقصود بين التعبير والإرادة

المطلب الأول : الغلط في التعبير

§ ١ — معلومات أولية

- (٤٠) تعريفه (٤١) أمثله (٤٢) تسميته (٤٣) الغلط في التعبير والغلط الدافع

421

§ ٢ — جزاء الخلاف بين التعبير والإرادة

(١) نظرية الإرادة الظاهرة

- (٤٦) البلوغ قرينة على الاختيار (٤٧) البلوغ قرينة تقبل الدليل العكسي (٤٨) جزاء الغلط في التصرفات غير القابلة للفسخ (٤٩) دور الحكم الديني التلطيقي (٥٠) جزاء الغلط في التصرفات القابلة للفسخ (٥١) الحالة الأولى : العاقد الآخر لم يصدق الخاطئ : العقد باطل (٥٢) العاقد الآخر صدق الخاطئ (٥٣) قياس عقد الخاطئ على عقد المكره (٥٤) قياس عقد الخاطئ على عقد الهازل (٥٥) بطلان عقد الخاطئ (٥٦) تقدير نظرية الإرادة الظاهرة

436

(ب) نظرية الإرادة الباطنة

- (٥٧) المذهب الشافعي ، الحنبلي ، ابن حزم

437

المطلب الثاني : عيوب الإرادة

- (٥٨) الموازنة بين حالة العيوب وحالة الغلط في التعبير (٥٩) عناية الفقه الإسلامي بعيوب الإكراه (٦٠) اختلاف المذاهب الفقهية في مؤيدات العيوب

441

المبحث الثاني : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

الفرع الأول : عوامل تنوع الجزاء

المطلب الأول : التفرقة بين الرضا والاختيار في المذهب الحنفي

(٤٦٤) تطابق هذه التفرقة مع التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الاثر (٤٦٥) إرادة التعبير
أخص من إرادة الاثر (٤٦٦) ثمة التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الاثر : نظرية الفساد
(٤٦٧) التمييز بين التصرفات القابلة للفسخ والغير قابلة للفسخ (٤٦٨) جوهرية التعبير في
التصرف القانوني (٤٦٩) الاعتراض على التفرقة بين الرضا والاختيار (٤٧٠) تقدير التفرقة
بين الرضا والاختيار .. 450

المطلب الثاني : نظرية الجمالية في المذهب الشافعي وتنوع الجزاء

(٤٧١) تقيد المذهب الشافعي بنظرية الجمالية (٤٧٢) نتائج هذا التقيد (٤٧٣) ادغام الرضا
بالاختيار (٤٧٤) الفاء محضة الفساد (٤٧٥) صحة التصرفات الصورية وبطلان التصرفات
المشوبة بالاكراه (٤٧٦) بطلان التصرفات غير القابلة للفسخ المشوبة بالاكراه أو الفلظ في التعبير
455

المطلب الثالث : مبدأ سلطان الإرادة في المذهبين الحنبلي والمالكي

(٤٧٧) المذهب الحنبلي : لا بد من ارادتين : إرادة التعبير وإرادة الاثر (٤٨٠) نتائج هذا
المبدأ : بطلان العقود المشوبة بالصورية ، والفظ في التعبير ، والتردد بين بطلان عقد
الكره وعدم لزومه (٤٨١) المذهب المالكي : ثمة انتصاره للرضاءية : بطلان العقود الصورية ،
والعقود المشوبة بفظ في التعبير .. 460

الفرع الثاني : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

(٤٨٤) الرأي الاول : الفقه الاسلامي موضوع النزعة (٤٨٥) الرأي الثاني : الفقه
الاسلامي ذاتي النزعة (٤٨٦) نزعة ابن القيم (٤٨٧) موقفنا من هذين الرأيين (٤٨٨) انتساب
الفقه الاسلامي لنظرية الإرادة الظاهرة (٤٨٩) ملطقات الاخذ بالارادة الظاهرة
466

الباب الرابع

نظرية السبب في الفقه الإسلامي

الفصل الأول

نظرية السبب في الفقه الغربي

المبحث الأول : نظرية السبب في الفقه اللاتيني الحديث

(٤٩٢) أنواع السبب .. 470

الفرع الأول : السبب الفني

(٤٩٣) السبب والإرادة (٤٩٤) السبب والشكل (٤٩٥) السبب والرضا (٤٩٦) السبب

الفنى فى طوائف العقود المختلفة (٤٩٧) شروطه (٤٩٨) دور السبب الفنى فى تكوين العقد
474 دور السبب الفنى فى تنفيذ العقد

الفرع الثانى : السبب المصلحى

477 (٥٠٠) اساس السبب المصلحى (٥٠١) شروطه (٥٠٢) الخلاصة

المبحث الثانى : النظرية الإيطالية فى السبب

(٥٠٣) السبب هو وظيفة التصرف القانونى (٥٠٤) وظيفة السبب (٥٠٥) تمييز السبب
عن الباعث (٥٠٦) وظيفة التصرف القانونى (٥٠٧) وجوه الشبه والخلاف بين النظريتين
480 الإيطالية والفرنسية (٥٠٨) تقدير هذه النظرية

المبحث الثالث : السبب فى القانون المدنى الألمانى

481 (٥٠٩) السبب هو جزء من التعبير عن الإرادة

الفصل الثانى

نظرية السبب فى الفقه الإسلامى

المبحث الأول : السبب الفنى

(٥١١) الصيغة هى الركن الوحيد (٥١٢) الشكليات المذهبية - نظرية وحدة العقد ، نظرية
483 اللفظية ، نظرية مجلس العقد - وتختلف السبب

الفرع الأول : دور السبب الفنى فى تكوين العقد

(٥١٤) حلول الفقه الإسلامى (٥١٥) مقارنة الحلول (٥١٦) لكل فقه صناعته الخاصة
491 (٥١٧) السبب هو المقصد الاصلى للعقد

الفرع الثانى : دور السبب فى تنفيذ العقد

(٥١٩) أساس الامتناع المشروع عن الوفاء (٥٢٢) أساس حيق الفسخ (٥٢٤) أساس
497 تحمل التبعية

الفرع الثالث : نظرية المقصد الاصلى

(٥٢٦) التقريب بين النظرية الإيطالية فى السبب ونظرية السبب فى الفقه الإسلامى
(٥٢٧) تعريف المقصد الاصلى (٥٢٨) خصائص المقصد الاصلى (٥٢٩) تحديده لنسوع
التصرف (٥٣٠) تمثله لوظيفة التصرف (٥٣١) المقصد الاصلى للعقد وحكمه وموضوعه
(٥٣٢) تمييز المقصد الاصلى من محل العقد (٥٣٣) ارتباط المقصد بالمحل (٥٣٤) المقصد
الاصلى والسبب الفنى التقليدى (٥٣٥) المقصد الاصلى والسبب المصلحى (٥٣٦) المقصد
الاصلى والحكمة (٥٣٧) المقصد الاصلى وإرادة الشارع (٥٣٨) دور المقصد الاصلى كوسيلة
فنية : المقصد الاصلى للعقد ومقاصده التابعة (٥٣٩) ثمرة التمييز بينهما (٥٤٠) المقصد
الاصلى هو أساس التزام المتعاقدين (٥٤٢) المقصد الاصلى هو المسوغ لحماية
513 الشارع للتصرف

صفحة

المبحث الثاني : السبب المصلحي

الفرع الأول : النظرية الموضوعية في السبب المصلحي

- (٥٤٨) يعتد بالسبب المصلحي اذا كان في صلب التعبير عن الإرادة (٥٤٩) الحالة الاولى : السبب المصلحي مذكور في صلب التعبير عن الإرادة ، نصوص من الفقهاء الشافعي والحنفي .
(٥٥٠) الحالة الثانية : السبب المصلحي مستخلص من ملازمات التصرف (٥٥١) يسع العينة (٥٥٢) طلاق الغار (٥٥٤) لا يعتد بالسبب المصلحي اذا لم ينتظمه التعبير عن الإرادة 527

الفرع الثاني : النظرية الذاتية في السبب المصلحي

- (٥٥٦) النظرية الذاتية في المذهب الحنبلي (٥٥٧) دور ابن القيم في اعمال الباعث غير المشروع (٥٥٨) كيف يتصل العقد الاخر بالباعث غير المشروع (٥٥٩) النظرية الذاتية في المذهب المالكي (٥٦٠) النظرية الذاتية في السبب المصلحي وسبب سد الذرائع (٥٦١) مبدأ سد الذرائع : معناه (٥٦٢) أدلته (٥٦٣) أنواع الوسائل بالنسبة الى نتائجها (٥٦٤) تقسيم ابن القيم (٥٦٥) تقسيم الشاطبي (٥٦٦) التلازم بين الاعتداد بالسبب المصلحي وسد الذرائع (٥٦٧) مدى هذا التلازم (٥٦٨) وحدة الغاية (٥٦٩) اختلاف الوسائل 543

القسم الثاني

دور التعبير عن الإرادة في تحديد آثار التصرف القانوني

تمهيد

- (٥٧٠) التمييز بين حكم العقد وحقوقه التمييز بين حقوق العقد الاصلية وحقوقه المكتسبة (٥٧١) ثمرة التمييز بين حكم العقد وحقوقه (٥٧٢) ثمرة التمييز بين حقوق العقد الاصلية وحقوقه المكتسبة 550

الفصل الأول

التفسير

المبحث الأول : التفسير في القانون المدني السوري

- (٥٧٥) معنى التفسير (٥٧٦) تفسير العقد وتحديد نطاقه وتكييفه (٥٧٧) النظرية لتقليدية في التفسير (٥٧٨) النظرية المادية في التفسير (٥٧٩) التفسير في القانون المدني السوري 553

المبحث الثاني : التفسير في الفقه الإسلامي

- (٥٨٠) الاعتداد بالإرادة الظاهرة (٥٨١) مؤدى المادة ٣ من المجلة ، تعارض قاعدة « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني » مع قاعدة « المعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ » وقاعدة « إنما يحرم ويحل الكلام » (٥٨٢) التفسير بالمعنى الضيق (٥٨٣) التفسير بالمعنى الواسع (٥٨٥) التفسير الحرفي (٥٨٦) نفي التفسير الحرفي (٥٨٧) تقدير التفسير الحرفي 565

الفصل الثاني

شرعية آثار التصرف القانوني

المبحث الأول : شرعية الآثار ونظرية التعبير

(٥٨٨) القانون هو الذى يحدد الاثر (٥٨٩) ارادة التعبير وارادة الاثر (٥٩٠) أساس شرعية الآثار (٥٩١) نظرية التعبير ومبدأ سلطان الارادة (٥٩٢) نفى التعارض بينهما (٥٩٣) اثبات التعارض بينهما (٥٩٤) نتائج ترتيب القانون الآثار (٥٩٥) تقدير هذه النظرية ... 573

المبحث الثاني : شرعية الآثار فى الفقه الإسلامى

(٥٩٩) مفهوم جعلية الآثار (٦٠٠) الجعلية بالمعنى الواسع (٦٠١) الجعلية بالمعنى الضيق (٦٠٢) دليل الجعلية (٦٠٣) اجماع الفقهاء على جعلية الآثار (٦٠٤) أساس الجعلية (٦٠٥) الجعلية ومبدأ سلطان الارادة (٦٠٦) تقدير الجعلية بالمعنى الواسع: نسبتها (٦٠٧) الجعلية والنظام العام (٦٠٩) الجعلية وعقد النكاح (٦١٠) تقدير الجعلية بالمعنى الضيق (٦١١) الجعلية وانتقال الملكية بمجرد العقد (٦١٢) الجعلية ونظرية السبب (٦١٣) الجعلية وتفسير ظاهرة النيابة ... 592

الفصل الثالث

القوة الملزمة للعقد

(٦١٤) القوة الملزمة للعقد فى القانون المبنى السورى (٦١٥) حدودها (٦١٦) القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى (٦١٧) الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى (٦١٨) الفسخ وقسوة العقد الملزمة ... 598

الملحق رقم (١)

شرط السماع فى الإيجاب والقبول

فى التعاقد بين حاضرين فى المذهب الحنفى

(عرض وتحقيق)

الرموز والاصطلاحات المستعملة فى الملحق رقم (١) فائدة العرض ٦٠٣ -
خطة العرض ٦٠٤ ... (ص ٦٠٢ - ص ٦٠٤)

§ ١ - شرط السماع فى الإيجاب والقبول فى عقد البيع

(١) فهرس مجموعات النصوص ٦٠٥ - (ب) فهرس عرض النصوص ٦٠٧ - (ج) عرض النصوص الفقهية ٦٠٩ - (د) تأصيل شرط السماع ٦٥٦ - نظرية أبى الحسن الكرخى : استدلالها ٦٥٧ - أنصارها ٦٥٨ - نظرية أبى جعفر الهندوانى : استدلالها ٦٥٩ - أنصارها ٦٦١ - نظرية بشر بن غياث المرسى ٦٦٢ - نظرية شمس الأئمة الحلوانى ٦٦٣ - موقفنا

من النظريتين ٦٦٤ - (هـ) شرط السماع في عقد البيع : رائد هذا الشرط ٦٦٥ - دور القاضي علاء الدين في إيجابه ٦٦٦ - تطور شرط السماع ٦٦٧ - المرتضون لشرط السماع ٦٦٨ - أزمة شرط السماع ٦٦٨ - تضعيف الشيخ الرحمتي لشرط السماع ٦٦٩ - تصحيح ابن عابدين لشرط السماع ٦٧٢ - المترددون بين تضعيف شرط السماع وتقويته ٦٧٣ - التوفيق بين الأقوال المتعارضة ٦٧٤ - تقدير دعوى الإجماع على شرط السماع ٦٧٦ - (ص ١٠٥ - ص ٦٧٨)

§ ٢ - شرط السماع في الإيجاب والقبول في عقد النكاح

فهرس مجموعات النصوص ٦٧٩ - فهرس عرض النصوص ٦٨١ - عرض النصوص الفقهية ٦٨٢ - رائد هذا الشرط ٦٩٩ - تطوره ٧٠١ - تعليقه ٧٠٢ - التعليق النقلي ، الاعتراض على التعليق النقلي ٧٠٢ - التعليق الفني ٧٠٣ - الاعتراض على التعليق الفني ٧٠٤ (ص ٦٧٩ ، ص ٧٠٤)

الملحق رقم (٢)

ملحوظاتنا على أبحاث السبب في المؤلفات الحديثة

أولا : النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ٧٠٥ - ثانيا : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية للدكتور صبيح المحمصاني ٧٠٥ - ثالثا : الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ٧١١ - رابعا : المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية للأستاذ مصطفى الزرقاء ٧١٢ - خامسا : نظرية الالتزام العامة ، شرح القانون المدني السوري للأستاذ مصطفى الزرقاء ٧١٣ - سادسا : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٧٢٤ - سابعا : الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو لتدابير في القانون المدني للدكتور عبد الله الجليلي ٧٢٦ (ص ٧٠٥ - ص ٧٢٦)

الملحق رقم (٣)

تقنين من وضعنا (ص ٧٣٧)

المراجع

(١) الفقه الإسلامي وأصول الكتب والمخطوطات القديمة (أ) الفقه الحنفي ٧٤٢ - (ب) الفقه الشافعي ٧٥٠ - (ج) الفقه المالكي ٧٥٠ - (د) الفقه الحنبلي ٧٥١ - (هـ) المذاهب الأخرى ٧٥٢ - (و) أصول الفقه ٧٥٣ - (ز) التفسير والحديث ٧٥٤ - (ح) الطبقات ٧٥٤ - (ط) القواميس العربية ٧٥٤ - ثانيا : المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامي ٧٥٤ - التقنيات وشروحها ٧٥٧ - المراجع غير العربية في الفقه الإسلامي ٧٥٨ (ص ٧٤٢ - ص ٧٥٨) (٢) مراجع القانون المدني ٧٥٨ - المراجع غير العربية ٧٦٠ (ص ٧٥٨ - ص ٧٦١)

تصويب الخطأ

صفحة	سطر	الخطأ	الصواب	صفحة	سطر	الخطأ	الصواب
٤	٣	مادية بجته	مادية	٣٤	٥	جد	أحمد
٤	٤	مالية محضة	مالية	٤١	٢٤	التسيب	التسيب
٤	٦	توف	تف	٤٣	٥	الاختيار	الاختبار
٥	١٤	تغير	تغير	٤٥	٧	الاحتفاظ بهذا	المحافظة على
٥	١٦	ليست	ليس	٤٥	١٢	الاحتفاظ	المحافظة
٦	١٣	الرازق	الرازق	٤٥	١٧	سوها	سوءها
٧	هامش ٢		يجذف	٤٧	١١	وصفه	وصفاً
٧	١٧	إليه (٢)	إليه	٤٨	٢	إننا	أننا
٨	١٢	طبيعته	طبيعته	٥٢	٥	الوجه	الوجه
١٠	٥	سلسته	سلسلته	٥٤	٢٣	٧	٧٠
١١	٣	المطالبة	المطالبة	٥٧	١٩	معنيته	معنيته
١٣	٧	ماورائها	ماوراءها	٥٩	٣	على	إلى
١٣	١٣	أثره	أثره	٦٠	٢٢	٧٧	٧١
١٨	٢٠	وبين	« وبين	٦٢	آخر سطر	الكلام	الأصول
١٨	٢٠	على	مع	٦٣	أول سطر	الكلام	الأصول
١٩	١	على إمكان	مع إمكان	٦٣	١٠	للزمة	للازمه
١٩	١٣	(٢)	« (٢)	٧٠	١٠	الحلافه	الحلاقة
١٩	هامش ٢	٢٥	ملخصاً . ٢٥	٧٢	١	نافذة	صحيفة
٢٠	١٥	الخامسة	السادسة	٨٣	٨	قبولها	قبولها
٢٠	هامش ٢٣	٢٣		١١١	٢	يضاف إلى بعد تعبير ملق	
٢١	٢٠	على	مع			مايلي: تم العقد بمجرد إظهار	
٢٢	١	دراجة نارية دابة				القبول ، وإن كان تعبيراً	
٢٢	٧	طائماً	لاطائماً			متلقى .	
٢٥	هامش ١	اعتباراً من قارب	يضاف	١٢١	٢١	الدر	الدر
		إلى الهامش رقم ٢ ص ٢٤ .		١٢١	٧	دون	لأن
٣٣	١٢	الوافعة	الوقائع	١٢٢	١٦	الوجب إليه	الوجب إليها

صفحة	سطر	الخطأ	الصواب	صفحة	سطر	الخطأ	الصواب
١٢٤	١٨	التعليل	التعديل	٢٧٠	١٧	ساسة	الأساسية
١٢٦	١٢	الآنفة	آنفة	٢٧١	٤	الأخرس	غير الآخرس
١٢٨	٢٥	فرح	فرج	٢٨٦	١	هامش ١	ف ٣ ، ص
١٢٩	٥	١٢٨	١٣٨	٢٩٤	٢٠	المحرج	المجرح
١٣١	٢٣	الإيجاب	الإيجاب	٢٩٤	٨	النسب	النسب
١٤٩	٩	أجازة	أجازه	٣١٩	٢٠	أزمتهم	أزمتهم
١٥١	١٦	للخاطب	للمخاطب	٣٢٢	١٦	خارجي	صيني
١٥١	١١	يتطليق	يتطليق	٣٢٢	١٧	الظروف الخارجية	تحذف
١٥١	١٤	التمبيرات	التمبيرات	٣٣٥	٦	الظاهرة	الباطنة
١٥١	٢٣	الفقه	الفقه	٣٥٤	١٢	حل العرف	حلت القرينة
١٥٢	١٣	(٣)	(٣) . «	٣٥٤	١٧	يأخذ	لا يمتد
١٥٢	١٦	(٤)	(٤) . «	٣٥٤	١٨	الظاهرة	الباطنة
١٦٤	٧	هامش ضميها	ضميناً	٣٥٤	١٩	البواطن النفسية	تحذف
١٦٩	١٧	قول	قولاً	٣٦٧	١٥	الظاهرة دون الإرادة	تحذف
١٦٩	١٨	قول	قولاً	٣٦٨	٢٦	ص ...	ص ٣٦٣
١٧٤	٥	التخير	الاختيار	٣٦٨	٣	قبول	وقبول
١٧٤	٧	التخير	الاختيار	٣٨٤	١٢	على آخر	مع آخر
١٧٤	١١	مصدره	مصدره	٣٩٠	١٥	المحال	المحتال
١٨٣	١٢	هامش ذكره	ما ذكره	٣٩٢	٦	ملترمين	ما لترمين
١٩٩	٢٣	إردتهما	إرادتهما	٣٩٢	٨	ينسط	ينبسط
٢٠٠	٢٥	لا شرع	المشرع	٣٩٣	٣	علوائه	غلوائه
٢٠٠	٢	حذفها	حذفها أو تعديلها	٣٩٣	٢٣	تحتم	تحتم
٢١٦	١٥	الفطن	الرجل الوسطى	٣٩٦	١١	التلحثة	التلحثة
٢١٦	١٦	الرجل الوسطى	الفطن	٣٩٦	١٢	المافد	المافد
٢١٨	آخر هامش ٨	٧		٤٠٠	٥	كالهالين	كالهالين
٢٤٣	١٦	الفقيهين	الفقيهن	٤٠١	٣	هامش الخضيرى	الخضرى

صفحة	سطر	الخطأ	الصواب	صفحة	سطر	الخطأ	الصواب
٤١٨	هامش ٤	ص ١	س ١	٦٠٠	١٨	الملازمة	الملزمة
٤٥٦	١٧	المحدد	المحدد	٦٥٩	١٩	يضاف بعد كلمة مسموع ما يلي:	
٤٧١	١	الثاني	الثالث			لأنه ليس بمفهوم ألا ترى أن	
٤٨٥	٩	للحكم (٢)	للحكم			الكتاب لا يسمى كلاماً مع	
٤٨٥	هامش ٢	يُحذف				أنه مفهوم	
٤٨٦	٢	« (١) »	(١)	٦٩١	١٩	يؤثر	لا يؤثر
٥٠٤	١١	٣٣٥	٥٣٥	٦٩٨	٩	يفهما	لم يفهما
٥٥٦	هامش ٢	يضاف ما يلي: راجع مصادر		٧١٣	٢	متغايرتان	متغايرتين
		الحق، ج ٦ ص ٢٤		٧١٥	٢١	فيعلم	فيسلم
٥٨٣	٤	والإرادة تتبني والقانون يتبني		٧٣٨	١٠	أبنا	أبنا عن
٥٩٧	١٢	القيناها	القيناها	٣٥	١٤-١٩	تُحذف	
٥٩٧	٢٠	وصم	وصف				

« تم بعون الله »

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com

